



**İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

Journal of the Faculty of Law of İnönü University

**Cilt : 5 – Sayı : 2
Temmuz – Aralık 2014**

**Vol. : 5 – No : 2
July – December 2014**

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası
Kapak Tasarım Okt. Fehmi KOLÇAK

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye
Tel: +90 422 377 46 80 Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukuk
www.inonu.edu.tr/hukukdergi

e-posta :hukukdergi@inonu.edu.tr

***İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi***

***Journal of the Faculty of Law of
İnönü University***

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Yayın Kurulu Başkanı – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt	School of Law, University of Exeter, United Kingdom
Prof. Dr. Alan C. Neal	School of Law, University of Warwick, United Kingdom
Prof. Dr. Neil Boister	School of Law University of Canterbury, New Zealand
Prof. Dr. Thom Brooks	School of Law, Durham University, United Kingdom
Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney	Faculty of Law, University of Calgary, Canada
Prof. Dr. Hakan KARAN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta	Atlanta's John Marshall Law School, USA
Prof. Dr. Jason Chuah	School of Law, City University London, United Kingdom
Prof. Dr. Jean Allain	School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.
Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zheng Sophia Tang	School of Law, Newcastle University, United Kingdom.
Prof. Dr. Maurizio Borghi	School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.
Prof. Dr. Tomoya Obokata	School of Law, Keele University, United Kingdom.
Prof. Dr. Petra Butler	Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand
Doç. Dr. Tamer BUDAK	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Hayri KESER	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ISSN: 2146-1082

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof.Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mertol CAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Oguz Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Tekin MEMİŞ	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vahit DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Zariye ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Mete ERDEM	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Josaph ZAND	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakülte Dergisi Yılda 2 Sayı Olarak Yayımlanan ve ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanında 2010 Yılından İtibaren Taranmakta Olan Hakemli Dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülteyi bağlamaz.

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIM İLKELERİ

- 1- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
- 2- Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç yirmi gün öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
- 5- Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
- 6- Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, bir diskette bir nüsha A4 boyutunda bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır. Ayrıca yazılar, hukuk@inonu.edu.tr adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.

- 9- Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
- 10- Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
- 11- Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
- 12- Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
- 13- Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
- 14- Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
- 15- Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Huriye KUBİLAY Education of Insurance Agent Technical Personnel in Turkey	1-22
Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY Danıştay'ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması	23-50
Doç. Dr. Elif PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR Doç. Dr. Fatih SARAÇOĞLU Vergi Kaçakçılığı İle Mücadelede Yeni Bir Model: Vergi Polisi Müessesesi (Fransa Örneği)	51-68
Yrd. Doç. Dr. Alptekin AKTALAY Bakanlar Kurulunun Düzenleyici İşlemleri ve Karar Alma Usulü	69-98
Yrd. Doç. Dr. Ayşe ARAT Medeni Kanunumuza Göre Kişi Topluluklarının Mirasçılığı	99-120
Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK Dilencilik Suçu	121-172
Yrd. Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK Türk Yükseköğretim Düzeninde Öğretim Üyesi Yetiştirilmesinin Hukuki Çerçevesi	173-194
Yrd. Doç. Dr. Eda ÖZDİLER KÜÇÜK Vergi Suçlarında Masumiyet Karinesi	195-208
Yrd. Doç. Dr. Gaye BAYCIK 6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi	209-258
Yrd. Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK Doç. Dr. Abdurrahman SAYGILI Roma Hukukunda İstisna Halinin Paradigmatik Biçimi Iustitium Kurumu	259-282
Dr. Osman AĞIR Dr. Aydın TURHAN Demokratik Toplumda Bilginin Önemi ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu	283-312
Dr. Zafer AKKUŞ Dr. Tamer EFE Tarihsel ve Kültürel Çevrenin Korunması Bakımından Türkiye ve İtalya'daki Kolluğun Görev ve Yetkileri	313-366
Arş. Grv. Burak BİLGE AİHM İhtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü	367-406
Arş. Grv. Murat Buğra TAHTALI Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nda Öngörülen Mecburi Hizmet Süresi – Zorla Çalıştırma Yasası İlişkisi	407-458
Arş. Grv. Volkan Maviş Why Should The International Criminal Court Adopt Plea Bargaining?	459-488
Arş. Grv. Yağmur TEMİZ Türk İslam Hukukundan Günümüze “Zina”	489-514
Ahmet Fatih ÖZKAN Rekabet Savunuculuğunda Yeni Bir Araç: Rekabet Kurumu'nun Basın Bültenleri	515-558
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK Kitap İncelemesi: Dr. Ali Yarayan, <i>Türk Medeni Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2013</i>	559-560

CONTENTS

Prof. Dr. Huriye KUBİLAY	1-22
Türkiye’de Sigorta Acentelerinin Teknik Personellerin Eğitimi	
Assoc. Prof. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY	23-50
Implementation of Judgments Rendered By Danıştay During Review on Appeal	
Assoc. Prof. Dr. Elif PÜRSÜNERLİ ÇAKAR	
Assoc. Prof. Dr. Fatih SARAÇOĞLU	51-68
A New Model Combating Against Tax Evasion: Tax Police Establishment (The Case of France).....	
Assist Prof. Dr. Alptekin AKTALAY	69-98
Regulatory Process and Decision – Making Procedure of The Council of Ministers	
Assist Prof. Dr. Ayşe ARAT	99-120
Inheritance of Persons’Community According to The Civil Code	
Assist Prof. Dr. Fatih BİRTEK	121-172
The Crime of Vagrancy	
Assist Prof. Dr. K. Burak ÖZTÜRK	173-194
Legal Framework of Training of Academics in Turkish Higher Education System	
Assist Prof. Dr. Eda ÖZDİLER KÜÇÜK	195-208
Presumption of Innocence in Tax Offences	
Assist Prof. Dr. Gaye BAYCIK	
The Level of Unionisation and The Determination of Branch of Activity in Terms of	209-258
Application of Act. No. 6356	
Assist Prof. Dr. Eşref KÜÇÜK	
Assoc. Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI	259-282
Iustitium Institution of Roman Law as Paradigmatic Form of State of Exception	
Dr. Osman AĞIR	
Dr. Aydın TURHAN	283-312
The Importance of Information in Democratic Society and Law on The Right to Information	
Dr. Zafer AKKUŞ	
Dr. Tamer EFE	313-366
Duties and Authority of The Law Enforcement in Turkey and Italy in Terms of Protection	
of Cultural and Historical Environment	
Research Assistant Burak BİLGE	
Effektive Untersuchungs Haftung im Rahmen der Rechtsprechung des	367-406
europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)	
Research Assistant Murat Buğra TAHTALI	
The Relationship Between Compulsory Service In Personel Code of Turkish Armed	407-458
Forces and Prohibition of Forced to Rum	
Research Assistant Volkan Maviş	459-488
Uluslararası Ceza Mahkemesi Uzlaşma Kurumunu Neden Kabul Etmeli?	
Research Assistant Yağmur TEMİZ	489-514
“Adultery” From Turkish Islamic Law to Today	
Ahmet Fatih ÖZKAN	515-558
A New Toolin Competition Advocacy: Press Releases of The Turkish Competition Authority	
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	559-560
Book Review : Dr. Ali Yarayan, The Basic Information of Turkish Civil Law, Ankara 2013.....	

EDUCATION OF INSURANCE AGENT TECHNICAL PERSONNEL IN TURKEY

Prof.Dr.Huriye Kubilay¹

ABSTRACT

This paper is related to education of intermediaries who sell insurance products in the name of and on account of insurers. Those persons; namely “Insurance Agents” act as direct representatives of insurers. Therefore, regarding their disclosure obligation, their knowledge about insurance products and management of risk is extremely important both for insurers and insureds.

“Insurance Agent Technical Personnel” is a quite new concept which was regulated firstly by previous Insurance Agents By-Law, that was issued in 2008. This By-Law has been based on Insurance Act which was entered into force in 2007. After promulgation of the Insurance Act and the By-Law which have been issued for the aim of harmonisation with EU Law, informing about insurance policies, marketing and sales of insurance policies can only be realised by those qualified persons. Before the regulation, insurance policies could be sold by a great number of insurance agents who haven’t got any specific education and experience.

In this paper, education of insurance agent technical personnel in Turkey which has been given by the Center of Insurance Education (CIE/Sigortacılık Eğitim Merkezi-SEGEM) under supervision of the Undersecretariat of Treasury will be evaluated regarding purpose and content of the education, education of teaching staff, the persons who have to be required to get this education, re-education and statistical datas.

Keywords: Insurance, agent, technical personnel, education, intermediaries

¹ Department of Commercial Law, Law Faculty of İzmir University of Economics.

EDUCATION OF INSURANCE AGENT TECHNICAL PERSONNEL IN TURKEY

I- INTRODUCTION

Insurance agent is one kind of insurance intermediaries². The other kind of insurance intermediaries is “broker” in Turkish Law. Pursuant to Article 2 (1), b of Insurance Act, “*“Intermediary” shall mean insurance agent and broker.*”

General definition of “agent” has been made in Article 102 of Turkish Commercial Code numbered 6102. According to Article 23 (18) of Insurance Act; “*Provisions of the Turkish Commercial Code governing agencies shall also apply to insurance agents.*”

“Insurance agent” is defined distinctively in Insurance Act, numbered 5684 by taking into consideration insurance agent. The definition of “insurance agent”, in Insurance Act is as follows;

“Article 2 (1), m) Insurance agent, “*shall mean a person who has adopted it as a profession to intermediate to insurance contracts in the name and account of the insurance company for a permanent term within a specific place or region based on a contract without holding a title such as commercial representative, commercial attorney, sales official or employee, or to perform such activity on behalf of the insurance company and who carry out the preparatory works before the conclusion of the contract and assist during the implementation of the contract and payment of claims,*” He/she is the “*direct representative*” of insurance company. Because, insurance agents intermediate to insurance contracts in the name and account of the insurance company or make and perform insurance contracts on behalf of the insurance company.

Pursuant to Article 23 (1) of Insurance Act; “*Insurance agency is carried out by real or legal persons.*” If insurance agent is a real person, he/she must be “*technical personnel*” (Article 4 (1), a, of Insurance Agents By-

² CLARKE, 44.

Law) and if insurance agent is a legal person, its director must be “*technical personnel*” (Article 5 (2) of Insurance Agents By-Law; Article 5.3 of). Besides, representatives of legal person insurance agents who represents the agent in respect to insurance transactions must have “*technical personnel*” title (Article 5 (3) of Insurance Agents By-Law). In a legal person insurance agent, at least, one technical personnel must be employed beside the director (Article 5 (5) of Insurance Agents By-Law; Article 5.3 of Circular on the Implementation of By-Law on Insurance Agents, numbered 2014/8).

Required education level and minimum professional experience periods for real person agents and directors of legal person insurance agents are regulated by Appendix-1/A of Insurance Agents By-Law. Namely;

REQUIRED EDUCATION LEVEL AND MINIMUM PROFESSIONAL EXPERIENCE PERIODS FOR REAL PERSON INSURANCE AGENTS AND DIRECTORS OF LEGAL PERSON INSURANCE AGENTS (APPENDIX-1/A)

EDUCATION LEVEL	PERIOD OF PROFESSIONAL EXPERIENCE
Two- year college (related to insurance)	2 years
Four-year High Education Institutions	1 year 6 months
Four-year High Education Institutions (related to insurance)	-

The concept of “*Technical personnel*” is a new concept which was brought into our legal system by previous Insurance Agents By-Law, in 2008. Until this time, any condition related to education and professional experience hasn’t been required to work as an insurance agent. “*Technical personnel concept*” means that transactions of marketing, informing and selling of insurance products can only be made by those persons. “*Technical personnel*” is defined as an authorised personnel who carries

out insurance transactions with regard marketing, informing and selling in insurance agencies (Article 3 (1) h of Insurance Agents By-Law) .

In 2009, approximately 53.000 insurance agents or candidates of insurance agency have received this training³. This two-day education has continued until 2014 as “*Agent Pre-Licensing Education*” and “*Agent Continuing Education*”. After the amendment of Insurance Agents By-Law in 2014, Insurance Education Center has become a Center which provides only the “*Agent Continuing Education*”.

According to Article 19, titled “*Education of technical personnel*), paragraph 1 of previous “*Insurance Agencies By-Law*”, technical personnel has been made subject to training for maximum five business days every three years as a minimum . Activity of any technical employee who has not received the training set out in the first paragraph within its period has been suspended until this training has been completed (Article 19 (2) of the previous Insurance Agents By-Law). This face to face education has been realized for two days in practice (as 8 hours per day, totally 16 hours).

II- RELATED TURKISH LEGISLATION

1. Turkish Commercial Code, numbered 6102

Turkish Commercial Code, numbered 6102⁴ governs generally the whole commercial life of Turkey. In general terms, “*agency*” is defined and regulated in details by the provisions between Article 102 and 123 of this Code. According to Article 23 (18) of Insurance Act; “*Provisions of the Turkish Commercial Code governing agencies shall also apply to insurance agents.*” However, Turkish Commercial Code doesn’t include any provision concerned the education of insurance agents.

2. Insurance Act, numbered 5684

The fundamental legislation on education of insurance intermediaries is Insurance Act, numbered 5684.

³ TUNÇAY, 80.

⁴ Official Gazette, dated: February 14, 2011, numbered: 27846.

The Center of Insurance Education has been regulated for the first time by Article 31 of Insurance Act, as follows;

“PART IX

Miscellaneous

**Insurance training centre, support services and other organizations
(Amended: OG-29.06.2012 - 28338)**

ARTICLE 31 – (1) *The Minister is authorized to set up an insurance training centre to make the necessary examinations on specific topics related to insurance in an impartial manner, meet training demands at home, abroad or within the framework of international agreements, and for similar purposes. Expenses of the insurance training centre shall be met from the contributions of professional institutions operating in the insurance sector, participation fee to be transferred from the Account, from the relevant public and private sector institutions to which the centre serve and from donations in accordance with the principles to be determined by regulation. Training activities to be carried out by the insurance training centre are not subject to the Law on Private Educational Institutions.*

(2) *Except institutions such as associations, federations and unions which are established under certain laws, establishment of organizations for insurance and reinsurance practices is subject to the authorization by the Minister.*

(3) *The persons and establishments operating within the scope of this Law shall prepare a written report, to be submitted to the Undersecretariat when necessary, about the risks that may arise due to the services they intend to obtain and their management, evaluation of expected benefits and costs before obtaining assistance or complementary support services for their field of operation. The support services to be obtained may not be in a nature to prevent the support service recipients from fulfilling their obligations arising from the legislation and their supervision.*

(4) Issues related to the insurance training centre and the organizations to be established in accordance with the second paragraph and the way support services will be provided and support service organizations shall be regulated by regulation.”

3. By-Law on Insurance Agents and By-Law on Insurance Training Center

By-Law on Insurance Agents and By-Law on Insurance Training Center⁵ are *secondary legislation* concerning with the Insurance Training Center. The new By-Law on Insurance Agents was published in the Official Gazette, dated 22.04.2014 and numbered 28980 and was entered into force on 22.04.2014⁶. Then, Republic of Turkey Prime Ministry Undersecretariat of Treasury published “*Circular on Implementation of Insurance Agents By-Law*” (2014/8), dated May 22, 2014.

4. Circular on the Implementation of By-Law on Insurance Agents, numbered 2014/8

The general purpose of this Circular is to explain some issues concerning By-Law Insurance Agents which was entered into force on April 22, 2014.

Conditions related to assistant technical personnel, technical personnel and director are regulated by Article 5 of Circular on the Implementation of By-Law on Insurance Agents, numbered 2014/8. According to Article 5.6 of the Circular, Certificate of Technical Personnel Education, given by Insurance Education Center (Certificate of Technical Personnel Education for insurance agents and/or banks and private institutions)/Certificate evidencing successful in technical personnel proficiency examination will be required during application to be technical personnel and director. Persons who are registered in the List of Turkish Union of Chambers and Commodity Exchanges, but haven't acquired Certificate of Technical

2 Official Gazette of Publication: 01.06.2008 – 26893 Issued by: Prime Ministry (Undersecretariat of Treasury)

⁶ For the previous “*Insurance Agencies Regulation*”, see Official Gazette, April 14, 2008, issue: 26847 (Repeated).

Personnel Education yet, are required to deliver Certificate of Technical Personnel Education, given by Insurance Education Center (Certificate of Technical Personnel Education for insurance agents and/or banks and private institutions)/Certificate evidencing successful in technical personnel proficiency examination, to concerning chamber, until October 22, 2014. Any kind of those certificates are not required during application to become assistant technical personnel (Article 5. 5 of the Circular).

III- EDUCATION OF INSURANCE AGENTS IN COMPARATIVE LAW

CLARKE has indicated a reality that everyone has adopted, as follows; *“Clearly, agents would benefit from better training. In 1993, a survey by the Consumers Association indicated that many agents did not understand the terms of the insurance they were selling.”*⁷ There is no doubt that a qualified education creates positive effects on the insurance industry.

In the United States of America, every state requires insurance agents to be licensed. In other words, insurance sales agents must obtain a license in the States where they plan to do their selling. Thus, an insurance agent is defined as a *state-licensed professional who represents an insurance company in selling and servicing policies*.

In this regard, the following example may be given;

*“Jim moved to Texas, and called his insurance agent to change his address. Jim's insurance agent put him in contact with an insurance agent in Texas who could help him obtain another insurance policy, because Jim's current insurance agent was not licensed in Texas.”*⁸

An insurance agent, at least needs to get a *“resident/home state license”*. To become licensed in a state other than the state where the agent resides, he/she must apply for a *“non-resident agent”* license. All non-resident

⁷ CLARKE, 66.

⁸ Information about American System and the example see, <http://personalinsure.about.com/od/insurancetermsglossary/g/agent.htm> (Access date: May 26, 2014).

licensees must firstly have a resident/home state license in his or her home state, before a non-resident license will be issued⁹. In other words, existing licenses will be renewed and new licenses can be issued if the home state's requirements are met.

In most states, insurance agents are required to undergo approximately 40 hours of passing classroom education for the type of insurance they are qualifying for to be approved to take the state insurance exam.

Insurance agents are required to obtain separate licenses to sell *life and health insurance* or *property and casualty insurance* as well as financial consulting. Organizations offer those professional programs in order to certify one's expertise in specialties¹⁰.

For example in Ohio State, resident agent applicants must complete the pre-licensing education program requirements from an Ohio approved pre-licensing provider, prior to taking an examination. The educational requirements may be met by either completing a 20-hour classroom course or successfully completing an approved self-study course. Upon completing the required pre-licensing education program, applicants will be issued a *Course Completion Certificate* for each line of authority completed. This certificate is valid for a period of 180 calendar days, and the corresponding exam must be successfully completed during this period¹¹.

After successfully completing the state exam an insurance agent will need to take *continuing education* classes to keep her/his insurance license current. Only insurance agents are allowed to sell and service insurance policies and only in the states they are licensed in. For example, in Ohio State, resident agents with a continuing education requirement must obtain

⁹ <http://www.insurance-schools.com/custom.aspx?id=6> (Access date: August 14, 2014).

¹⁰ McKay, Dawn Rosenberg, Insurance Agent: Career Information, <http://careerplanning.about.com/bio/Dawn-Rosenberg-McKay-646.htm> (Access date:14.08.2014); Education and Training Requirements for Insurance Sales Agents, see <http://books.mongabay.com/labor/training/118.html> (Access date: 14.08.2014)

¹¹ <http://www.insurance.ohio.gov/Agent/Pages/PreLicEd.aspx> (Access date: August 27, 2014)

all required credits prior to their license expiration date. An agent will not be eligible to renew their insurance license(s)¹² until they have satisfied their continuing education requirement¹³.

“Although voluntary, such programs assure clients and employers that an agent has a thorough understanding of the relevant specialty. Agents are usually required to complete a specified number of hours of continuing education to retain their designation.

Employers also are placing greater emphasis on continuing professional education as the diversity of financial products sold by insurance agents increases. It is important for insurance agents to keep up to date on issues concerning clients. Changes in tax laws, government benefits programs, and other State and Federal regulations can affect the insurance needs of clients and the way in which agents conduct business. Agents can enhance their selling skills and broaden their knowledge of insurance and other financial services by taking courses at colleges and universities and by attending institutes, conferences, and seminars sponsored by insurance organizations.

Most State licensing authorities also have mandatory continuing education requirements focusing on insurance laws, consumer protection, and the technical details of various insurance policies.

As the demand for financial products and financial planning increases, many insurance agents are choosing to gain the proper licensing and certification to sell securities and other financial products. Doing so, however, requires substantial study and passing an additional examination—either the Series 6 or Series 7 licensing exam, both of which

¹² Depending on which license type, the license may renew biennially or annually. Renewal notices are sent at least one month prior to the license expiration date. It is the responsibility of each licensee to ensure that their license(s) are current and do not lapse even if the renewal notice is not received. <http://www.insurance.ohio.gov/Agent/Pages/AgentTab3.aspx> (Access date: August 27, 2014)

¹³ <http://www.insurance.ohio.gov/Agent/Pages/AgentTab5.aspx> (Access date: August 27, 2014)

are administered by the National Association of Securities Dealers (NASD). The Series 6 exam is for individuals who wish to sell only mutual funds and variable annuities, whereas the Series 7 exam is the main NASD series license that qualifies agents as general securities sales representatives. In addition, to further demonstrate competency in the area of financial planning, many agents find it worthwhile to earn the designation “Certified Financial Planner” or “Chartered Financial Consultant.””¹⁴

In California, an insurance agent must complete a minimum of 24 continuing education (CE) credit hours for the license type during each two-year license term. Life-only agents, accident and health agents, property or casualty broker-agents must also complete three hours of ethics CE training every license term as a part of the requirements. Personal lines broker-agents must complete three hours of ethics CE training every license term as part of the requirements.

Moreover, additional training requirements are required for the sale of Long-Term Care Insurance or Annuities or for Homeowners' Insurance Valuation, in California¹⁵.

IV- INSURANCE INTERMEDIARIES OF TURKEY

With respect to Article 2 (1), b of Insurance Act, the term of “*Insurance intermediaries*” means “*insurance agent*” and “*broker*”¹⁶.

“*Insurance agent*” is defined as follows in Article 2 (1), m of Insurance Act;

“*Insurance agent*” shall mean a person who has adopted it as a profession to intermediate to insurance contracts in the name and account of the insurance company for a permanent term within a specific place or

¹⁴ Education and training requirements for insurance sales agents, <http://books.mongabay.com/labor/training/118.html> (Access date: August, 27, 2014)

¹⁵ Agents & Brokers: Continuing Education (Ce) Training Requirements, Continuing Education And Training Requirements, <http://www.insurance.ca.gov/0200-industry/0030-seek-pre-lic/0100-requirements/446-9.cfm> (Access date: August 29, 2014).

¹⁶ About insurance intermediaries, see ÖZER, 181-192.

region based on a contract without holding a title such as commercial representative, commercial attorney, sales official or employee, or to perform such activity on behalf of the insurance company and who carry out the preparatory works before the conclusion of the contract and assist during the implementation of the contract and payment of claims,”

In Turkey, insurance agents can be established as *real person insurance agent* (Insurance Agents By-Law Article 4) or *legal person agent* (Insurance Agents by-Law, Article 5), but some institutions have privileges regarding registration condition in the List of Turkish Union of Chambers and Commodity Exchanges. According to Article 2 of “*Circular on Implementation of Insurance Agents By-Law*, those privileged institutions are;

- Banks; deposit banks, participation banks and development and investment banks, that are defined in Article 3 of Banking Act, 5411¹⁷, which will make insurance agency activities in accordance with Article (23 (3) of Insurance Act (Circular 2.1.).
- Institutions and enterprises which have been established by a private act and have been granted an authority to make insurance agency activities or have been granted an authority to make insurance agency activities by their own establishment act, such as Agricultural Credit Cooperatives and Regional Associations in scope of Act, 1581, Chambers of Agriculture, in scope of Act, 6964 and Post and Telegraph Organization Incorporation, in scope of Act, 6475 (Circular 2.2)..

Although any institution cannot engage in insurance agency activities without registration in the List of Turkish Union of Chambers and Commodity Exchanges (Insurance Agent By-Law, Article 10 (1)), those institutions are exempted from registration.

¹⁷ Adoption Date : October 19, 2005, Official Gazette: November 1, 2005, 25983 re.

The total number of insurance agents in Turkey whose registration process have been completed, is 16.654, including 8.939 real person insurance agents and 7.715 legal person insurance agents¹⁸. As it is seen below, insurance agents have an important share regarding with insurance policies' sale.

**DISTRIBUTION OF SALE CHANNEL SHARES
IN TURKISH INSURANCE SECTOR
01.01.2014 – 30.06.2014**

	Insurance Insurance			
	<u>Company</u>	<u>Agents</u>	<u>Bank</u>	<u>Broker</u>
NON-LIFE INSURANCE	6,76 %	66,16%	13,89%	13,18%
LIFE INSURANCE	100,00%	0,00%	0,00%	0,00%

See <http://www.tsb.org.tr/resmi-istatistikler.aspx?pageID=909> (Access date: September 13, 2014).

**V- CONCEPTS OF “TECHNICAL PERSONNEL” AND
“ASSISTANT TECHNICAL PERSONEL”**

“Technical personnel”

Marketing, information and sale transactions of insurance products may only be performed by technical personnel of insurance agents. According to Article 3 (1),h of Insurance Agent By-Law, technical personnel means personnel, who perform marketing, information and sale transactions related to insurance policies in insurance agents.

To attain the title of “*Technical personnel*”, the following conditions are required (Art. 6 (2) of Insurance Agents By-Law):

- To have the competence to use civil rights,
- Haven't been sentenced or punished for any crimes defined in Art.4 (1), c of Insurance Agents By-Law,

18

<http://www.tobb.org.tr/SigortacilikMudurlugu/SigortaAcenteleri/Sayfalar/Istatistikler.php>
(Access date: August 14, 2014).

- To have sufficient education level and to complete professional experience period, which are situated in Appendix-1/B of Insurance Agents By-Law (see below).
- To success technical personnel proficiency exam which will be made by Insurance Education Center.

**REQUIRED EDUCATION LEVEL AND MINIMUM
EXPERIENCE PERIOD FOR BECOMING AN INSURANCE
TECHNICAL PERSONNEL (APPENDIX-1/B)**

EDUCATION LEVEL	PERIOD OF PROFESSIONAL EXPERIENCE
High school or equivalent school	1 year
High school or equivalent school (Professional and technical education schools, equivalent to high schools, of which syllabus cover the subjects related to insurance)	6 months
High school or equivalent school (technical personnel public employment programme)	6 months
Two-year college	6 months
Two-year college (related to insurance)	-
Four-year High Education Institutions	-

“Assistant technical personnel”

Any person, who hasn't completed professional experience period yet, may be employed with the title of *“Assistant technical personnel”*. Assistant technical personnel may perform preparatory works related to marketing, information and sale transactions of insurance products. An assistant technical personnel obtains the title of *“Technical personnel”* at the end of professional experience period which is situated in Appendix-1/B of Insurance Agents By-Law, by succeeding technical personnel proficiency

exam which will be made by Insurance Education Center (Art.6 (3) of Insurance Agents By-Law).

Technical personnel and assistant technical personnel can work with only one agent and cannot accept business independently from the agent that they work (Art.6 (7) of Insurance Agents By-Law) .

Any damages to the third persons due to actions of technical personnel are under the responsibility of technical personnel and the agents to which they are connected (Art.6 (8) of Insurance Agents By-Law).

VI- INSURANCE EDUCATION CENTER (IEC)

The Center of Insurance Education is basically established for the purpose of operation to perform professional education and examination organisations towards insurance sector under a single framework.

Many institutitons have been charged for education of insurance intermediaries, in Turkey. One of the duties of Insurance Association of Turkey¹⁹, Insurance Agents Executive Committee and Loss Adjusters

¹⁹ “Insurance Association of Turkey is a specialist institution with the characteristics of a unique non-governmental institution established by law.

As a neutral and reliable authority, the vision of the Insurance Association Turkey is to become the reference institution in the field of insurance and private pension through conducting research, activities of publicity and education, organizing and coordinating the activities of all stakeholders in the sector.” <http://www.tsb.org.tr/about-us.aspx?pageID=919> (Erişim tarihi: 20.08.2014).

“In 1900, insurance companies operating in Turkey decided to come together under the umbrella of a “professional organization” and established the “Insurers Syndicate of Turkey”, which had 81 members, all of them being foreign companies.

After the proclamation of the Republic in Turkey in 1923, this Society was abolished and “The Club of Insurers” was established in 1924, which then took the name “Central Office of Insurers”. In 1952, some of the member of the Office established “The Association of the Insurance Companies of Turkey”. On the same date, Central Office of Insurers took the name “Office of Insurers of Turkey”. In 1954, both organizations merged under the name “Association of the Insurance and Reinsurance Companies of Turkey”. In 1975, the Association adopted the name “The Association of the Insurance and Reinsurance Companies of Turkey”.

The pension companies were organized under the roof of the Association with the amendment made in the Insurance Law No: 5684 on 29 June 2012 . Following the amendment, the official name of the Association was changed to “Association of the Insurance, Reinsurance and Pension Companies of Turkey. Then, the logo of Association has been altered and the use of “Insurance Association of Turkey” phrase with the new

Executive Committee is to provide educational activities. In order to realise this purpose, institutions are under duty to make cooperation with related institutions and societies, to organize seminars and conferences and to publish books, journals and brochures.

“*The Insurance Education Center*” is defined as a Center, with legal personality within the Association of the Insurance and Reinsurance Companies of Turkey (Article 1 of By-Law on Insurance Training Center) and it is established based on Art.31 of Insurance Act, 5684 (Insurance Agents By-Law, Art.3 (1), g) . The body, establishment and activities of the Insurance Training Center have been regulated by By-Law on Insurance Training Center, published in Official Gazette, dated June 01, 2008²⁰. In the new Insurance Agents By-Law, only the “*Continuous education*” is regulated in Article 20. As the title of Article 20 is “*Continuous education*”, the Article’s content is also related to the “*Continuous education*” of insurance agents. Namely; technical personnel participate the education, of which date and programme will be determined by Undersecretariat of Treasury, to ensure continuity of their professional proficiency, knowledge and skill. This education may be given by Insurance Education Center or by procurement of services made by Insurance Education Center (Article 20 (1) of Insurance Agents By-Law) . Studies on period, content, method, fee and other requirements of education are made by Insurance Education Center by obtaining the opinion of Executive Committee of Insurance Agents and are decided by the Undersecretariat of Treasury Center (Article 20 (2) of Insurance Agents By-Law) .

Activity of any technical personnel who has not accomplished the education within its period is suspended until this education is completed. Information about technical personnel whose activity is suspended, is transmitted to the Union of Chambers and Commodity Exchanges of

logo has been agreed.” <http://www.tsb.org.tr/history.aspx?pageID=969> (Erişim tarihi: 20.08.2014)

²⁰ TUNÇAY, 79.

Turkey and Insurance Association of Turkey (Article 20 (3) of Insurance Agents By-Law) .

The activities of the Centre shall be supervised by the Undersecretariat of Treasury (Art.11 (1) of By-Law on Insurance Training Center).

The Centre shall present a detailed annual report to the Undersecretariat, the Association and Union of Chambers and Commodity Exchanges of Turkey (TOBB) on the Centre's activities, personnel, budget and other relevant issues (Art.11 (2) of By-Law on Insurance Training Center).

The Centre shall ensure the holding of necessary examinations on specific topics related to insurance in an impartial manner; creation of risk and insurance awareness throughout the community; contribution to the trained personnel employment in the insurance sector; contribution to the development and effectiveness of the current training programs in insurance; coordination of training demands both at home and abroad or within the framework of international agreements; conduct of research and studies that will contribute to the development of the sector; sharing of information to be obtained with the relevant parties, and holding of necessary organisations in these matters (Art. 5 of By-Law on Insurance Training Center) . To prepare training programs in relation with the practices and developments in the field of insurance, to ensure the coordination of the on-site or computer supported remote training activities in line with the training stipulated by the relevant legislation, and the training demands received locally and from abroad, within the framework of the training activities carried out in Turkey in the field of insurance, to establish cooperation and relations with the relevant entities both at home and abroad when necessary, to obtain technical information, to hold seminars, conferences and training programs, and to publish books, magazines and brochures are some of the activities which the Center is carried out (Art.5 (2) b, d of By-Law on Insurance Training Center). According to By Law on Insurance training Center, the Centre may outsource training activities (Art.5 (3) of By-Law on Insurance Training Center).

Education given by Insurance Education Center has been submitted for insurance agents, actuaries, insurance experts and insurance and reinsurance brokers.

Expenses of the insurance training centre shall be met from the contributions of professional institutions operating in the insurance sector, participation fee to be transferred from the Account, from the relevant public and private sector institutions to which the centre serve and from donations in accordance with the principles to be determined by regulation (Article 31 (1) of Insurance Act).

Training activities to be carried out by the insurance training centre are not subject to the Law on Private Educational Institutions (Article 31 (1) of Insurance Act).

VII-NATURE OF INSURANCE EDUCATION GIVEN BY INSURANCE EDUCATION CENTER

Before the promulgation of new Insurance Agents By-Law, agents prelicence education which has been given for two days (as 8 hours per day, totally 16 hours) , has covered the subjects on “*Conceptual Framework Related to Insurance*” for the first day and “*Legislation on Insurance*”, “*Rights and Obligations of Insurance Agents*”, “*Situation of Insurance Agents in Insurance Sector*” and “*Damage*” for the second day.

Article 6 (2), ç of the new Insurance Agency By-Law has amended the related provision of the previous By-Law as “For acquiring “Technical personnel title” it is required to success technical personnel proficiency exam, which will be made by IEC”. In this context, the obligation on mandatory training of technical personnel has been removed. It is also understood from the provisions of “*Circular on Implementation of Insurance Agents By-Law*” (2014/8)²¹ . According to the Article 5.5 and 5.6, during application, an assistant insurance technical personnel and a technical personnel have to file a Technical Personnel Education Certificate which has been given by Insurance Education Center or a

²¹ See, Article 4.2. and 4.4 of the Circular.

document related to achievement of a technical personnel proficiency exam.

According to the New Insurance Agency By-Law, proficiency exam will be made by IEC at the stage of entry into the profession, but it will not mandatory to get education for those persons, before this examination. Candidates will be able to get education for preparation for the technical personnel proficiency exam from other institutions. For the time being, Insurance Education Center has presented an e-learning programme on IEC Academy Portal (<http://www.segemakademi.org/#>). Besides, it is known that banks and other private institutions have given education by various methods to technical personnel candidates, in their own structures.

The education, in referred Article is organised similar to refresher training in previous By-Law. Therefore, it has no relation with proficiency examination. As diffeent from the previous application, this education will not be renewed on a periodical bases. If necessary, it may be organised on subject bases considering needs assesment study.

Education of insurance technical personnel is called as “*Continuous education*” in Article 20 (1) of Insurance Agents By-Law. According to this provision, technical personnel join the education of which date and programme will be determined by Undersecretariat of Treasury for the purpose of providing continuity of professional capacity, knowledge and ability of technical personnel.

The education is given by IEC or by service purchasing method of IEC. Studies related on period, scope, method and other requirements of the education, are realised by IEC upon receiving the view of Executive Committee of Insurance Agents ²² and have been decided by Undersecretariat of Treasury (Insurance Agents By-Law, Article 20 (2)).

²² Insurance Agents By-Law, 3 (1), b.

The activities of technical personnel who haven't complete their education in education period are stopped until the education will complete. The information related to the technical personnel whose activities have been stopped is communicated to The Union of Chambers and Commodity Exchanges of Turkey and Insurance Association of Turkey (Insurance Agents By-Law, Article 20 (3)). So, the continuous education is still “mandatory”.

Undersecretariat of Treasury is authorised to specify the authority of making transactions of technical personnel and related conditions by insurance branches and to make proficiency examination in the form of licencing (Art.6 (6) of Insurance Agents By-Law).

VIII- IMPORTANCE OF TURKISH INSURANCE INSTITUTE (TSEV)

Following the establishment of Insurance Education Center, Turkish Insurance Institute has begun the education of educators. After completion the education of educators, those educated educators have been appointed for two-days education of insurance agents in various parts of Turkey.

In 2009, Turkish Insurance Institute realised “*Mandatory Insurance Technical Personnel Education*”, by making cooperation with The Union of Chambers and Commodity Exchanges of Turkey and Insurance Association of Turkey. In this context, the education has been given to totally 40.000 persons, including 35.000 insurance agents and 5000 bank staff, in 18 cities across Turkey with 70 teaching staff²³.

First Insurance Agency Technical Personnel Education period of 2014 year was realised between 08 February 2014 and 27 April 2014. Totally 4309 person have been participated to the education which were performed in seven centers as Ankara, Antalya, İzmir, Trabzon, Diyarbakır, İstanbul-Europe and İstanbul-Anatolia.

²³ <http://www.tsev.org.tr/hakkimizda.html> (Access date: August 27, 2014)

IX- CONCLUSION

Before the latest amendments of legislation, as a rule, a specific, two-day pre-licencing “education” and “Professional experience” had been required for becoming an insurance agent. Now, instead of pre-licencing and continuous education, only, the continuous education of insurance agents is required and regulated by the legislation. Nowadays, Insurance Education Center has presented an e-learning programme on IEC Academy Portal. Professional experience is still required for insurance agents except few exclusions. Increasing the number of high education institutions related to insurance in Turkey may have caused the removal of mandatory pre-licencing education.

The mandatory and specific pre-licencing education which will not provided by Insurance Education Center no longer, should be improved, it should not be only a standart education but also qualified for the benefit of all interested parties (e.g. insurer, insured and beneficiary). According to Art.6 (6) of Insurance Agents By-Law, Undersecretariat of Treasury is authorised to specify the authority of making transactions of technical personnel and related conditions by insurance branches and to make proficiency examination in the form of licencing. For example, it may be diversified by taking into consideration “fixed sum insurance” and “indemnity insurance” or it may be designed as an education related to specific insurance branches, such as, life insurance, property insurance.

Instead of face-to face education, approved self-study courses may be brought into the system. So that, more people will have the opportunity to benefit from a qualified and supervised education.

Education, based on practice is pretty important for the insurance agents, some cases may be solved within the context of the education. The decisions of insurance arbitrators or insurance arbitral tribunals and objection arbitral tribunals which have been published by Insurance Arbitration Commission, can be used in those applied courses.

REFERENCE

- BOZER, Ali,** Sigorta Hukuku, Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu: 406, 2004/11.
- CAN, Mertol,** Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2007.
- CLARKE, Malcolm,** Policies and Perceptions of Insurance, An Introduction to Insurance Law, New York, United States 1997.
- ÖZBOLAT, Murat,** Temel Sigortacılık, 3. Baskı, Ankara 2009.
- ÖZER KABUKÇUOĞLU, F. Dilek,** Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar kanunu, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması hakkında Kanun ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu Çerçevesinde Tamamıyla Yenilenmiş 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu: 484, Ankara 2014.
- TUNÇAY, Erhan,** Sigortacılık Eğitim Merkezi (SEGEM), Sigorta Zirvesi “Türk Sigorta Sektörü Modeli”, 23-24 Mayıs 2011, İstanbul, s.77-83.

DANIŞTAY’IN TEMYİZ İNCELEMESİ ÜZERİNE VERDİĞİ KARARLARIN UYGULANMASI

Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY*

Özet

İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre, “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.” Bu çalışmada ilk derece yargı yerlerince verilen kararlar dışında Danıştay’ın temyiz incelemesi üzerine verdiği kararların bu hüküm kapsamında idare tarafından uygulanması gereken kararlar olup olmadığı tartışılmaktadır. Danıştay tarafından verilen onama veya bozma kararının esas hakkında karar olmaması nedeniyle bu hüküm kapsamında değerlendirilmemesi mümkündür. Temyiz incelemesi üzerine ilk derece yargı yerinin kararının onanması yeni bir hukuksal durum ortaya çıkarmaz. Ancak iptal kararının bozulması, bu kararın yürütülmesini durduracak ve idarenin işlemini yürütmesi mümkün hale gelecektir. Davanın reddedilmesine ilişkin kararın bozulması, Danıştay’ın aksi yönde kararları bulunmakla birlikte, idarece yeni bir uygulama yapılmasını gerektirmeyecektir. Temyiz aşamasında idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin kararlar da idare tarafından uygulanması gereken kararlardandır.

Anahtar Kelimeler: Temyiz, idari yargı kararlarının uygulanması, esas hakkında karar, yürütmenin durdurulması, bozma, onama

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

IMPLEMENTATION OF JUDGMENTS RENDERED BY DANIŞTAY DURING REVIEW ON APPEAL

Abstract

According to article 28 of Procedure of Administrative Justice Act, “The administration must implement the acts and take the actions required by the judgments and stay of execution orders given by the Council of State, regional administrative courts, administrative and tax courts without delay.” This article deals with the question of the implementation of judgments given by Danıştay (Council of State) during review on appeal of the decisions rendered by courts of first instance. Approval or reversal on appeal may not be considered as a judgment on the merits and it may be suggested that the administration shall not be obliged to implement these orders. Approval of the decisions rendered at first instance may not cause a new legal basis. Reversal of the annulment decision given by courts of first instance shall automatically stay its execution and the administration will be able to execute its decision. Reversal of the dismissal of action also may not cause a new legal situation. Stay of execution of the administrative act decided by Danıştay during appeal must be implemented by administration.

Keywords: Appeal, implementation of judgments of administrative courts, judgment on the merits, stay of execution, approval, reversal

GİRİŞ**

İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre, “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.” Maddenin 2. fıkrasında “(Değişik: 2/7/2012 - 6352/58 md.) Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden

itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.” hükmü yer almaktadır. 2012 yılında yapılan değişiklik öncesinde bu hüküm “Tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.” biçimindeydi. Bu hükümde yer verilen “tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler” ifadesi tam yargı davalarına ilişkin doğru bir yaklaşımı¹ içerse de, Kanunun 3/d maddesine göre “tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktar”ın dava dilekçesinde gösterilmesi zorunluluğunun getirilmiş olması, bu davaların tazminat talepli olacağının öngörüldüğünü göstermektedir.

Türkiye’de idari yargı pratiğinde tam yargı davalarının tazminat davası olarak algılanması yerleşik uygulama olduğundan, bu davalar açısından genel hükümler uyarınca infaz ve icra kabul edilmiş ve yargı kararlarının idare tarafından uygulanması zorunluluğu iptal davasında verilen kararlar açısından tartışılmış ve vurgulanmıştır. Yargı kararlarının uygulanmamasın ilişkin tartışmalar da hemen her zaman dava konusu idari işlemin idari yargı yerince hukuka aykırılığının tespitine ilişkin kararları üzerinden yapılmıştır. Bu çerçevede 28. maddenin 1. fıkrası hükmü, iptal davasında verilen kararlarla sınırlı olarak incelenecek olup bu hükmün, temyiz incelemesi sırasında ve sonrasında Danıştay

** Bu çalışmada 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile idari yargıda kanun yollarına ilişkin getirilen hükümler öncesi düzenlemeler dikkate alınmıştır. Yayımlaşmasında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa eklenen geçici 8. madde uyarınca bu değişikliklerin henüz uygulamaya girmediğini not ediyoruz.

¹ DERBİL’e göre, “Tam kaza davalarının konusu bir idari kararın iptali olabilir, düzeltilmesi olabilir, hattâ idari bir tüzel kişinin tazminata mahkûm edilmesi bile olabilir.” Süheyp DERBİL, **İdare Hukuku**, Cilt I (İdari Kaza – İdari teşkilat), AÜHF Yayınları, Ankara 1948, s. 157. İdari yargıda dava türleri bu çalışmanın konusu olmamakla birlikte tam yargı davasının daha geniş bir anlama sahip olabileceği yönünde bir değerlendirme için bkz. Taner AYANOĞLU, **“Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”**, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara 2004, s. 66 vd.

tarafından verilen kararlar açısından ne anlama geldiğinin araştırılması bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki Danıştay'ın ilk derece yargı yerinin verdiği kararı onamasına ilişkin kararı işlemin hukuka uygunluğuna yönelik tespit açısından yeni bir durum ortaya çıkarmayacaktır. Bozma kararları ise bozmanın “hukuka aykırı karar verilmesi” sebebine dayanması durumunda ilk derecede verilen karardaki hukuka uygunluk tespiti üzerinde doğrudan etkili olacaktır. Bu açıdan bozma kararının ilk derecede verilen işlemin iptali ya da davanın reddi kararına ilişkin olması üzerinde durulmalıdır. İdari Yargılama Usulü Kanununun “Temyiz veya itiraz istemlerinde yürütmenin durdurulması” başlıklı 52. maddesinin son fıkrasında yer alan “Kararın bozulması kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur.” hükmü bozmanın ilk derece yargı yerinin kararı üzerindeki etkisini ortaya koymakla birlikte, idarenin bozma kararını uygulaması açısından tam bir çözüm getirmemektedir.

İlk derecede iptal kararı verilmesi durumunda ortada yürütülmesi (uygulanması) gereken bir yargı kararı varken davanın reddine ilişkin yargı kararının, bu karar yeni bir hukuksal durum ortaya çıkarmadığından, idare tarafından uygulanması gereken bir karar olmadığı açıktır. Bu nedenle m. 52/son hükmünün ilk derecede verilen kararın niteliğine göre anlamlandırılması gerekmektedir.

Özellikle Danıştay'ın temyiz incelemesi üzerine verdiği kararlardan, ilk derece yargı yerinin iptal davasının reddine ilişkin kararının bozulması kararının da m. 28/1 hükmü kapsamında İdare tarafından uygulanması gereken bir karar olup olmadığı konusunda farklı yönde Danıştay kararları bulunmaktadır. Uygulamada karşılaşılan bu durum, idari yargı kararlarının uygulanması sorununun oldukça kenarda kalan ve önemsiz sayılabilecek bir parçasını oluşturmakla birlikte, bu konudaki değerlendirmelerin idari yargı kararlarının niteliği ve etkisi ile ilgili olduğu da açıktır.

İdari yargı yerlerince verilen kararların idarece uygulanması zorunluluğunun, genellikle bu kararların bağlayıcılığı çerçevesinde ve bağlayıcılığın da kararın ara karar ya da nihai karar, kesin karar ya da kesin olmayan karar biçiminde ele alınarak değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim yürütmenin durdurulması kararlarının İdare tarafından uygulanması zorunluluğu, bir dönem, bu kararların ara kararı niteliğinde sayılması ve etkilerinin bu çerçevede değerlendirmesi gerektiği de savunularak tartışılmıştır². Mevcut düzenleme yürütmenin durdurulması kararlarını açıkça belirtmekle bu konuda Danıştay içtihadıyla ortaya konulan durumu pozitifletirmiş olmakla birlikte, idari yargı yerlerince verilen esasa ilişkin kararların neler olduğu/olabileceği konusu mevzuatta açıkça düzenlenmiş değildir.

İdari yargı kararlarının uygulanması (ve uygulanmaması) sorunu, genellikle yürütmenin durdurulması ve iptal kararları gibi dava konusu işlem üzerindeki etkisi ve sonuçları Danıştay içtihadıyla açıkça ortaya konulan kararlar açısından ve özellikle uygulamanın içeriği ve idarenin yapması gerekenler yönüyle tartışılmaktadır³. Bu çalışma ise daha sınırlı bir alanda, yalnızca temyiz incelemesi üzerine Danıştay'ca verilen kararların uygulama sorunlarını tartışmaya açmaktadır. Bu açıdan Anayasanın 138/son maddesinde yer verilen “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” hükmü çerçevesinde İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/1. maddesinde yer verilen “esasa ilişkin kararların” ne anlama geldiği, idari yargı kararlarının yalnızca hüküm fıkralarıyla değil gerekçeleriyle de idare açısından bağlayıcı olup olmadığı tartışmanın verileri arasındadır. Özellikle bozma kararları açısından gerekçe, idari işlemin bozma kararının hüküm fıkrasında yer verilmeyen hukuka

² M. Ayhan TEKİNSOY, **İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması**, Savaş Yayinevi, Ankara 2013, s. 160 vd.

³ Bu konuda bkz. Evren ALTAY, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

aykırılık tespiti olarak değerlendirilebileceğinden, kararın bağlayıcılığının bu yolla temellendirilmesi mümkündür.

Sorunun bu ortaya koyuluş biçimiyle temyiz incelemesi üzerine verilen kararların idare tarafından uygulanması gerekip gerekmediği konuya ilişkin farklı yönde çözümler getiren Danıştay kararı çerçevesinde yapılacaktır.

I. TEMYİZ İNCELEMESİ ÜZERİNE VERİLEN KARARLAR VE NİTELİKLERİ

Temyiz incelemesine konu ilk derece idari yargı kararları, iptal isteminin kabulüyle dava konusu idari işlemin iptaline hükmedilen iptal kararları ile davanın reddedilmesine ilişkin red kararlarıdır. Red kararlarında, ilk derece yargı yerinin ilk inceleme konuları yönünden herhangi bir sorun tespit etmeyerek işin esasına girmesi ve sonuçta dava konusu işlemi hukuka uygun bularak davayı esastan reddetmesi yanında usule ilişkin hususlar yönünden davanın reddedilmesi de söz konusu olabilir. Bu ikinci durumda ilk derece yargı yeri, dava konusu işlemin hukuka uygunluk değerlendirmesi anlamında işin esasına ilişkin yargısını ortaya koymaz.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 46. maddesinde Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştay’da temyiz edilebileceği belirtilmekle birlikte bu maddede temyiz nedenleri ve dolayısıyla temyiz incelemesinin hangi yönlerden yapılacağı belirtilmemiştir. Kanunun “kararın bozulması” başlıklı 49. maddesinde ise Danıştay’ın görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, hukuka aykırı karar verilmesi ve usul hükümlerine uyulmamış olması sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozacağı düzenlenmiştir⁴. Böylece temyiz incelemesinin hangi yönlerden

⁴ Bozma sebepleri 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunundan bu yana değişiklik göstermemiştir. 669 sayılı Kanunun 45. maddesine göre, “Şûrayı devletçe temyizen tedkik olunacak mukarreratta esbabı nakziye :

Evvelen : İşe vazife ve salâhiyet haricinde bakılmış olmak,

Saniyen : Kanun ve nizama muhalif karar verilmiş bulunmak,

Salisen : Usulü mevzuaya riayet edilmemiş olmaktan ibarettir.”

yapılacağı da ortaya çıkmaktadır. Ayrıca 49. maddenin 2. fıkrasına göre “temyiz incelemesi sonunda karardaki maddi yanlışların düzeltilmesi mümkün ise kararın düzeltilerek onanmasına karar verilir.” Bunun ötesinde bozma kararı verildikten sonra Danıştay'ın işin esasını inceleyerek esas hakkında karar vermesi mümkün değildir. “Esasa ilişkin karar, taraflar arasındaki maddi uyumsuzluğu sona erdiren, ona hukuki bir çözüm getiren karardır. İptal davaları bakımından geçerli bir başka tanıma göre de, davaya konu olan idari işlemin hukuka uygunluğu hakkında bir yargı – hüküm – ortaya koyan karardır. Bu tür kararlar, aynı zamanda, idari yargı yerinin elini davadan çekmesi sonucunu doğuran, yani nihai nitelikte olan kararlardır”⁵. 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanununun 46. maddesinde⁶ ve 521 sayılı Danıştay Kanununun 85. maddesinde⁷ öngörülen belli koşullarda işin esası hakkında da karar verme yetkisi İdari Yargılama Usulü Kanununun ilk halinde 49. maddenin 2. fıkrasında yer almışken⁸ bu fıkra 05.04.1990 tarih ve 3622 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Danıştay'ın esas hakkında karar verme yetkisi kaldırılmıştır. Bununla birlikte İdari Yargılama Usulü Kanununda itiraz kanun yolunda bölge idare mahkemelerinin işin esasına ilişkin karar verme yetkileri devam etmektedir⁹. Hatta bölge idare mahkemeleri, “ilk inceleme üzerine

⁵ Turgut CANDAN, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 711. ALTAY, s. 11.

⁶ “Dava Daireleri veya Dava Daireleri Umumi Heyeti, temyizen tedkik ettikleri kararları bozdukları takdirde, işi, bu bozma kararı dairesinde yeniden bir karara bağlamak üzere kararı bozulan hey'ete gönderir. Ancak, dava evrakının ve lüzumu halinde getirilecek dosyanın tedkikinden edinilen malûmatı kâfi görürse kararı bozmakla beraber işin esası hakkında da karar verebilir.”

⁷ “Dâva Daireleri ve Dâva Daireleri Kurulu, temyiz yolu ile inceledikleri kararları bozdukları takdirde, iş, bozma kararı dairesinde kararı bozulan idari yargı mercii tarafından incelenir. Ancak, Dâva Daireleri ve Dâva Daireleri Kurulu, dâva evrakının ve lüzumu halinde getirilecek dosyanın incelenmesinden maddi vakıalar hakkında edinilen bilgi yeter görülürse veya uyumsuzluk sadece hukuki noktalara ilişkin ise, kararı bozmakla beraber işin esası hakkında da karar verirler.”

⁸ “Temyiz İncelemesi sonunda maddi vakıalar hakkında edinilen bilgi yeterli görülürse veya uyumsuzluk sadece hukuki noktalara ilişkin ise veya karardaki maddi yanlışlıkları düzeltilmesi mümkün ise karar bozulmakla beraber işin esası hakkında da karar verilir.”

⁹ Kanunun itiraz yoluna ilişkin 45. maddesinin 4. fıkrasına göre, “Bölge idare mahkemesi evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeter

verilen kararlara karşı yapılan itirazı haklı bulması” ve “davaya görevsiz hâkim tarafından bakılmış olması” nedenleriyle bozma kararı verilen durumlar dışında bozma kararından sonra gerekirse “inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar” vermektedir¹⁰.

Görüldüğü üzere mevzuattaki düzenlemelerin seyri, Danıştay’ın temyiz incelemesinin temyize konu kararın hukuka ve usule uygunluğuyla sınırlanarak işin esası hakkında karar vermesinin engellenmesi yönündedir. Böylece Danıştay temyiz incelemesi üzerine ya kararı onayacak ya da bozacak ve bozma durumunda da işin esası hakkında karar vermeden dosyayı ilk derece yargı yerine gönderecektir. Bunun dışında konumuz açısından önemli bir düzenleme İdari Yargılama Usulü Kanununun 52. maddesinde yer almaktadır. Bu maddede Danıştay’a temyiz incelemesi aşamasında yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisi tanınmıştır. Bu yetki, temyize konu mahkeme kararının ya da dava konusu yapılan idari işlemin yürütülmesinin durdurulması olmak üzere iki biçimde karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede temyiz incelemesinde Danıştay onama, bozma ve yürütmenin durdurulması kararları verebilmektedir.

II. TEMYİZ İNCELEMESİ SONUCUNDA VERİLEN ONAMA KARARLARI

Danıştay’ın temyiz incelemesi sonrasında ilk derece yargı yerinin kararını onaması, bu kararın görevli ve yetkili idari yargı yerince hukuka ve usul kurallarına uygun olarak verildiği anlamına gelmektedir. İdari Yargılama usulü Kanununun 49. maddesinin 5. fıkrasında “Kararların

görürse veya İtiraz sadece hukuki noktalara ilişkin ise veya itiraz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi halde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. **(Ek cümle: 5/4/1990 - 3622/15 md.)** Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan itirazı haklı bulduğu veya davaya görevsiz hakim tarafından bakılmış olması hallerinde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir, bölge idare mahkemesinin bu kararları kesindir.”

¹⁰ Bu açıdan hukuka uygunluk denetiminin ötesinde olay incelemesi de yapıldığından itiraz incelemesi istinaf incelemesine yaklaşmaktadır. İlhami ÖZTÜRK “İdari Yargıda Temyiz İncelemesinin Usulî Kazanılmış Haklar Açısından Sınırlanması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 1029.

kısmen onaylanması ve kısmen bozulması hallerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir.” Hükmü yer almakla birlikte bir bütün olarak onanan karar ya da kararın onanan kısmının teknik olarak kesinleşmesi söz konusu değildir. İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesinde karar düzeltme yolu olağan bir kanun yolu olarak öngörüldüğünden, temyiz üzerine verilen onama kararı da ancak karar düzeltme süresinin başvuru yapılmadan geçmesinden ya da karar düzeltme talebinin reddedilmesinden sonra kesinleşebilecektir.

İlk derece yargı yerinin temyiz edilen red ya da iptal kararının onanması ve bunun kesinleşmesi, kararın uygulanması açısından herhangi bir özellik arz etmemektedir. İlk derecede verilen kararın iptal kararı olması durumunda, bu kararın uygulanması onanma ya da kesinleşmeye bağlı olmadığından¹¹ idarenin ilk derece yargı yerinin iptal kararı üzerine

¹¹ Kanunun hazırlanma sürecinde idari yargı kararlarının uygulanmasının kararın kesinleşmesine bağlanması eğiliminin ortaya çıktığı görülmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanun tasarısında 28. maddede hükümetin teklif ettiği metinde “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin kesinleşen kararlarının icaplarına göre idare, altmış gün içinde işlem veya eylem tesis etmeye mecburdur” düzenlemesi yer almış ancak Milli Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metinde “Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre, en geç altmış gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.” Biçiminde düzenleme yapılmıştır. Komisyon gerekçesine göre, “Tasarının 28 inci maddesinin 1 nci fıkrasına yürütmenin durdurulması kararları eklenmiş, kararların kesinleşmiş olma şartı metinden çıkarılmış”tır. Milli Güvenlik Konseyi S. Sayısı: 312 İdari Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/254).

http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c006/mgk_01006091ss0312.pdf

Tasarının Millî Güvenlik Konseyinin 30 Aralık 1981 tarihli 89 uncu Birleşiminde yeniden incelenmek üzere iade edilmesi üzerine Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen yeni metinde ise maddenin 1. fıkrası şöyledir:

“1. Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, en geç altmış gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Ancak, haciz veya ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili vergi davalarında vergi mahkemelerince verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” Milli Güvenlik Konseyi S. Sayısı: 312’ye 1 nci Ek İdarî Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/254).

ortaya çıkan uygulama yükümlülüğünde herhangi bir değişiklik olması da düşünülemez. İptal kararı ile idari işlemin hukuki varlığı geriye yürür biçimde ortadan kalktığından bu durum devam edecektir.

İlk derecede verilen kararın davanın reddine ilişkin karar olması durumunda ise zaten ortada idarenin uygulaması gereken bir yargı kararı söz konusu değildir. Ancak belirtmek gerekir ki davanın reddine ilişkin kararın onanması ve bunun kesinleşmesi, davaya konu idari işlemin hukuka uygun olduğunun yargısal açıdan kesinleşmesi anlamına gelmemektedir. İdari yargıda davanın reddine ilişkin kararlar ancak taraflar arasında kesin hüküm etkisine sahip olup, aynı idari işlemin başka kişilerce dava konusu edilmesi durumunda daha önce verilen ve kesinleşen red kararının işlemin hukuka uygunluğuna ilişkin kesin hüküm etkisi olmayacaktır¹². Ancak aynı işlemin aynı nedene dayanılarak yeniden iptal davasına konu edilmesi durumunda “içtihat değişikliği gibi

http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c006/mgk_01006091ss0312ek01.pdf

Maddenin Milli Güvenlik Konseyindeki görüşülmesinde bu konuda bir tartışma yapılmadan madde kabul edilmiştir. Tutanaklarda konuya ilişkin yapılan açıklamaya göre, “HAVA HÂKİM ALBAY ZEKİ GÜNGÖR (Adalet Komisyonu Sözcüsü) — Sayın Başkanım, «Kararların Sonuçları» başlığını taşıyan bu maddeye göre Danıştay, İdare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarını en geç 60 gün içinde yerine getirmeye mecbur olacaktır.

Ancak, Komisyon olarak biz, buraya, haciz ve ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili vergi davalarında, vergi mahkemelerince verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra İdarece yerine getirilmesi şartını getirdik. Bu, çünkü metinde yoktu; Vergi davalarının özelliğine binaen bunu getirmiş bulunuyoruz ki, İdareye bir takdir hakkı bırakıyoruz.” Milli Güvenlik Konseyi 1. Dönem 6. Cilt 91. Birleşim - 06.01.1982 O: 2 Sayfa 34.

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.goruntule?sayfa_no_ilk=4&sayfa_no_son=60&sayfa_no=34&v_meclis=51&v_donem=1&v_yasama_yili=&v_cilt=6&v_birlesim=091

¹² “İptal davalarında, davanın reddine ilişkin kararların davacı açısından kesin hüküm niteliği taşımadığı İdare Hukukunun genel ilkelerindendir. Kaldı ki, kesin hükümden bahsedilebilmesi için davanın konusu ve sebeplerinin yanısıra taraflarının da aynı olması gerekmektedir. Dava konusu uyumsuzlukta ise her iki davanın konusu ve sebeplerinin aynı olmasına rağmen davacıları farklıdır.

Bu durumda, aynı konuda daha önce açılan davanın reddedilmiş olması nedeniyle bu davanın da incelenmeden kesin hüküm yönünden reddine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.” Danıştay 6. Daire, E. 2001/5641, K. 2002/5733, K.t. 03.12.2002 (www.kazanci.com).

olağanüstü bir durum olmadıkça, Danıştay bu davayı büyük bir olasılıkla reddedecektir”¹³.

III. TEMYİZ İNCELEMESİ SONUCUNDA VERİLEN BOZMA KARARLARI

Danıştay’ın temyiz incelemesi sonucunda verdiği bozma kararlarının idare tarafından uygulanması gerekip gerekmediği, temyiz incelemesine tabi tutulan ilk derece yargı yerince verilen kararın doğurduğu hukuksal sonuçlar ve bu hukuksal sonucun bozma kararı ile değişip değişmeyeceği esas alınarak değerlendirilmelidir. Temyiz edilen yargı kararı iptal kararı olabileceği gibi davanın reddine ilişkin bir karar da olabilir. Bozma kararının ilk etkisi bozulan ilk derece yargı yeri kararının hukuksal etkisini ortadan kaldırmak olmakla birlikte bu aşamada bozma kararının gerekçesi de hem kararı bozulan yargı yerince yapılması gerekenler açısından hem de idarenin uygulamaları açısından önemli ve yol gösterici olacaktır. Danıştay’ın belirttiği üzere, “Bozma kararları, dava konusu işlemin hukuka uygunluğu konusunda kesin yargı içerebileceği gibi bazı araştırma, inceleme ve değerlendirmelerin noksan yapıldığı gerekçesine de dayalı olabilir”¹⁴. Bu nedenle bozma kararının gerekçesinin dikkate alınarak hareket edilmesi gerekecektir.

Bozma kararının İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen “görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması” sebebine dayanması durumunda, Danıştay’ın işin esası hakkında değerlendirme yapmasına yer ve gerek bulunmayıp böyle bir bozma kararı dava konusu işlemin hukuka uygunluğu sorununa ilişkin bir tespit de içermez. Özellikle görev sorununa ilişkin bozma kararı, uyuşmazlığın

¹³ Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, **İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 563.

¹⁴ Danıştay 3. Daire, E. 2008/2633, K. 2010/2177, K.t. 17.6.2010. Karara göre, “Davacı hakkında verilen vergi mahkemesi kararlarının redde ilişkin hüküm fıkralarını bozan, söz konusu Danıştay Üçüncü Dairesi kararları, dava konusu tarhiyatın hukuka uygunluğu konusunda kesin yargı içermeyen, eksik inceleme sebebine dayalı ve kararları bozulan vergi mahkemesince, gerekli inceleme, araştırma ve değerlendirmeleri yaparak yeniden karar verilmesini gerekli kılan kararlar olup, tarhiyatların kaldırılmasının doğuracağı hukuki sonuçları ortaya çıkarmaz.” (www.kazanci.com).

esasına uygulanacak ilke ve kuralların özel hukuk ya da idare hukuku / kamu hukuku alanında olup olmamaya ilgili olması açısından esas etkileyecek nitelikte olmakla birlikte, uyuşmazlığın esastan çözülmesi anlamına gelmemektedir. Yine “usul hükümlerine uyulmamış olunması” sebebine dayanan bir bozma kararı da saptanan usulî eksikliğe ve yapılacak usul işlemlerine göre uyuşmazlığın esasının çözümüne etki edecek nitelikte olmakla birlikte, böyle bir kararın da uyuşmazlığın esasına ilişkin Danıştay’ın görüşünü ortaya koyması anlamına gelmez.

Kanunun 49. maddesinde yer verilen bir diğer bozma sebebi olan “hukuka aykırı karar verilmesi” sebebine dayanan bir bozma kararı ise, uyuşmazlığın esasına uygulanması gereken hukuk kurallarının ve ilkelerinin yanlış tespit edilmesi ya da tespit edilen kural ve ilkelerin yanlış uygulanması anlamına geleceğinden, Danıştay’ın uyuşmazlığın esasına ilişkin çözümünü de gösterdiği sonucu ortaya çıkabilir. Özellikle bu sebebe dayanan bozma kararının gerekçesinde yer alan tespit, açıklama, değerlendirme ve görüşler uyuşmazlığı esastan karara bağlamada başka bir alternatifi ve farklı yönde bir karar verilmesi ihtimalini ortadan kaldıracak nitelikte olabilir. Gerekçesinde hukuka uygun tek çözümün belirtildiği bozma kararları, Danıştay’ın uyuşmazlığın esasına ilişkin kabul ettiği tek hukuka uygun çözümü de ortaya koymuş demektir. Bu çerçevede “hukuka aykırı karar verilmesi” sebebiyle bozulan kararın ilk derecede verilen iptal ya da davanın reddi kararı olması uygulama açısından farklı sonuçlar doğuracaktır.

A. İPTAL KARARININ BOZULMASI

İlk derecede verilen iptal kararı ile, dava konusu yapılan işlem yargı yerince hukuka aykırı görülerek iptal edilmiş ve yapıldığı andan itibaren etkisiz kılınmış demektir. Bu nitelikteki kararın idare tarafından uygulanarak karar doğrultusunda hareket edilmesi ve gerekiyorsa iptal edilen işlemle ortaya çıkan etkiyi gidermek üzere yeni işlemler tesis

edilmesi gerekmektedir¹⁵. İdareye uygulama yükümlülüğü getiren iptal kararının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Danıştay tarafından bozulması durumunda, idarenin bozulan ve bu açıdan etkisi ortadan bozma kararıyla kaldırılan ilk derece yargı kararını uygulama yükümlülüğünün ortadan kalktığı düşünülebilir. Hemen belirtmek gerekir ki idarenin iptal kararını uygulama yükümlülüğü kararın onanmasına ya da kesinleşmesine bağlı olmadığından İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. Maddesi uyarınca idare “gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.” Pratik olarak iptal kararının verilmesiyle bu kararın bozulması arasında geçen süre otuz günden çok daha uzun olacağı için, uygulanması tesis edilecek yeni işlemlerle otuz günü geçmesi mümkün iptal kararları bile bozma kararı çıkıncaya kadar uygulanmış ve idarenin yargı kararının gereğini yerine getirmiş olması gerekir. İptal kararının bozulması, bu iptal kararını uygulamamış olan idare açısından sorumluluğu ortadan kaldıran bir sebep değildir. Danıştay'ın bir kararında belirttiği üzere, *“Her ne kadar iptal kararı (...) bozulmuş ise de, bu husus iptal ve bozma kararlarının uygulanması ile ilgili olup uygulanabilir nitelikteki bir yargı kararının süresi içinde uygulanmamış bulunmasından kaynaklanan bir zarar varsa, açılan bir davada Mahkemece bunun tazminine karar verilmesi zorunludur. Uygulanmayan kararın daha sonra bozulmuş olması ise, buna dayalı bir ödeme yapılmış ise, hukuki dayanağı kalmadığından geri alınmasını gerektirir. Ancak bu hal, idareye kararın uygulanmaması ya da kararın uygulanmamasından doğan zararın ödenmemesi hakkını vermez. Aksine düşünce ise, ilk kararın, uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi bozulması halinde kararın uygulanmaması, bozma kararının karar düzeltme aşamasında ya da ısrar kararı üzerine onama suretiyle değişmesi durumunda yeniden uygulanma zorunluluğu doğurması gibi değişik ve çelişkili hallere yol açar. Bu bakımdan her yargı kararının 2577 sayılı*

¹⁵ Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 169-170. Yıldırım ULER, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, AÜHF Yayınları No. 281, Sevinç Matbaası - Ankara 1970, s. 13 vd.

Kanun'un 28. maddesinde öngörülen süre içinde uygulanmasının zorunlu olduğunun benimsenmesi, kararın uygulanmasında ise o tarihteki maddi ve hukuki durumun dikkate alınması zorunludur”¹⁶.

İdarenin karar bozuluncaya kadar mevcut olan uygulama yükümlülüğü çerçevesinde yargı kararının gereklerini yerine getirmek üzere tesis ettiği işlemlerin akıbeti de bozma kararının etkisi çerçevesinde değerlendirilmelidir. İdari Yargılama Usulü Kanununun 52. maddesinin 4. fıkrasına göre “kararın bozulması, kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur.” İdarenin iptal kararı üzerine bu kararı uygulama kapsamında tesis ettiği işlemlerin dayanağını yargı yerince verilen iptal kararı oluşturmaktadır. Bu işlemlerin dayanağını oluşturan yargı kararının varlığı ise bozma kararı ile ortadan kalkmaktadır. Bu durumda dayanak yargı kararının ortadan kalkması, yargı kararına dayalı işlemler üzerinde etki doğuracaktır. Her ne kadar Danıştay’ın bir kararında “(...) dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararlarının bozulmaları halinde bozma kararları dava konusu işlemi yürütülebilir kılmakla beraber yürütülmesi zorunluluğunu doğurmamaktadır”¹⁷ görüşü benimsenmişse de sorunun tek boyutu iptal edilen işlemin yeniden yürütülebilir hale gelmesi değildir ve bu sorunun tek bir işlemin yürütülmesiyle sınırlı olmadığı da açıktır. Yukarıda değinildiği gibi idare iptal kararı sonrasında iptal edilen işlemin muhatabına yönelik yeni işlemler tesis edebilir ve bunların ilk derece yargı yerince yeni bir karar verilinceye kadar korunması düşünülebilir. Ancak çoğu zaman iptal edilen işlemin uygulanması babından yapılan işlemler üçüncü kişiler açısından sonuç doğurucu nitelikte olabilir. Bu durumda bu kişiler hakkındaki işlemlerin hukuka uygun gerekçesini iptal kararı oluşturmaktadır. Örneğin salt iptal kararının uygulanması amacıyla görevden alınan, görevden alma işleminin tek

¹⁶ Danıştay 5. Daire, E. 2008/2155, K. 2010/7133, K.t. 14.12.2010 (www.kazanci.com).

¹⁷ Danıştay 5. Daire, E. 1999/143, K. 2000/675, K.t. 28.02.2000 (www.kazanci.com). ALTAY, iptal edilen işlemi tesis etmede idarenin bağlı yetkisinin veya takdir yetkisinin olmasına göre bir ayırım yaparak birinci durumda bozma kararı üzerine işlemini uygulamak zorunda olduğunu, ikinci durumda ise bozma kararı üzerine işlemi yürütme zorunluluğu olmadığını belirtmektedir. ALTAY, s. 121.

gerekçesini iptal kararının oluşturduğu bir kamu görevlisinin durumu düşünüldüğünde¹⁸ iptal kararının bozulması, bu kamu görevlisi hakkında yapılan görevden alma işleminin dayanağını ortadan kaldıracaktır. Bu durumda üçüncü kişinin hak veya menfaatini etkileyen ve iptal kararı nedeniyle hukuka uygun kabul edilen işlemin varlığını devam ettirmesi hukuka uygun bir temele dayanmayacaktır. Bu kişinin bozma kararının uygulanmasını talep etme ve bozulmakla yürütülmesi duran mahkeme kararı uyarınca hakkında tesis edilen işlemin düzeltilmesini isteme hakkına sahip olduğu açıktır.

Yukarıda açıklanan çerçevede, ilk derece yargı yerince iptal edilen işlem yalnızca muhatabını ilgilendiriyor ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini etkilemiyorsa, iptal kararının bozulması durumunda idarenin artık yürütülebilir hale gelen işlemini yürütme zorunluluğu olmadığı savunulabilir. Bu durum idarenin, aradan geçen zaman ve değişen koşullar nedeniyle yapacağı bir değerlendirmeye salt ilgisine etkisi olan ilk işlemini yürütmek yerine iptal kararı sonrasında ortaya çıkan durumu korumayı seçmesi çerçevesinde düşünülebilir. Bu durumda bile iptal kararının geriye yürür etkisi nedeniyle sağlanan bazı yararların korunmasının mümkün olmayacağı açıktır¹⁹. Bu özel ve çok sınırlı

¹⁸ Sık karşılaşılan bu duruma ilişkin bir davada Danıştay, “(...) yargı kararının uygulanması amacıyla ...'nın eski görevi olan ... Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü görevine atanarak yerine atanan davacının bu görevden alınıp yapı işleri genel müdürlüğü emrine mühendis olarak atandığının anlaşıldığı; belirtilen duruma göre davacının il müdürlüğü görevinden alınmasının idare açısından hukuki bir zorunluluk olduğu ve adı geçen bu görevde başarılı olması veya olmamasının Anayasanın 138. maddesi ile 2577 sayılı Yasanın 28. maddesi karşısında, sonuca etkisinin olmaması nedeniyle dava konusu edilen işlemin davacının il müdürlüğü görevinden alınmasına ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı” sonucuna varmıştır. Danıştay 5. Daire, E. 1996/2957, K. 1997/546, K.t. 11.03.1997 (www.kazanci.com).

¹⁹ Örneğin kamu görevlisine iptal kararının geriye yürür niteliği nedeniyle fiilen görev yapmadığı döneme ilişkin yapılan ödemelerin idarece geri alınması gerekir. Konuya ilişkin Danıştay 1. Dairesi'nin istişari görüşü de bu yöndedir: “İptal kararı uyarınca kamu görevlisine yapılan ödemeler, dava konusu işlemin tesis tarihi ile karar gereği göreve iade tarihi arasındaki dönemle göreve iade tarihinden sonra o görevde fiilen çalışılan dönemi kapsayabilmektedir. Kamu görevlisine kadrosunda fiilen çalıştığı dönemde hizmetinin karşılığı olarak yapılan ödemelerin geri istenmesi için haklı bir neden bulunmamaktadır. Buna karşılık temyiz incelemesi sonucunda mahkemece verilen iptal

koşullarda kabul edilebilecek çözüm dışında uygulamada çoklukla karşılaşılabileceği üzere, iptal kararı sonrasında bu kararın uygulanması için tesis edilen işlemler üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini etkiliyorsa, bu etkinin dayanağını oluşturan iptal kararının bozulması üzerine idarenin bozma kararıyla ortaya çıkan yeni hukuksal durum çerçevesinde yeni işlemler tesis etmesi ve iptal kararını uygulamak üzere tesis ettiği önceki işlemlerinin etkisini gidermesi gerekecektir.

B. DAVANIN REDDİ KARARININ BOZULMASI

İptal davasının esasa girilerek reddedilmesi, iptali talep edilen işlemin yargı yerince hukuka uygun görüldüğü anlamına gelir ve dava konusu yapılmış olan idari işlemin geçerliliğini ve uygulanabilirliğini etkilemez. Davanın reddine ilişkin karar idarece yürütülebilecek bir karar niteliğinde de değildir. İdarenin bu karar üzerine herhangi bir şey yapması gerekmez ve ortada idarece uygulanması gereken bir yargı kararı da bulunmamaktadır. İdarenin dava konusu işlemi tesis etmesiyle ortaya çıkan hukuksal durumun varlığı devam etmektedir ve bunun dayanağı da yargı kararı değil işlemin icrai etkisidir. İdari işlemin icrai etkisinin ortaya çıkması için araya bir yargı kararının girmesi gerekmemektedir²⁰.

Davanın esastan reddedilmesine ilişkin kararın temyiz incelemesinde “hukuka aykırı karar verilmesi” sebebiyle bozulması durumunda idarenin bu bozma kararını işlemin iptali olarak değerlendirerek İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesi uyarınca uygulamakla yükümlü olup olmadığı tartışılabilir. Bozma kararının gerekçesinde işlemin hukuka aykırılığı yönünde bir inceleme ve tespit yapılarak ilk derece yargı yeri kararının bozulması durumunda, işlemin hukuka aykırılığına ilişkin bir yargı kararının ortaya çıktığı savunulabilir.

kararının yürütülmesinin durdurulmasına veya bozulmasına ya da ilk derece mahkemesince bozma kararına uyularak davanın reddine karar verilmesi halinde iptal kararının yarattığı hukuki netice sona ereceğinden fiilen o kadroda çalışılmayan döneme ilişkin olarak iptal kararı gereği yapılmış bir ödeme varsa bu kısma ait ödemenin hukuki dayanağı ortadan kalkmış olmakla idarece geri istenebilmesi olanaklı hale gelmektedir.” Danıştay 1. Daire, E. 2001/144, K. 2002/12, K.t. 25.01.2002 (www.kazanci.com). Bu konuda bkz. ALTAY, s. 147 vd.

²⁰ GÜNDAY, s.125.

Bu açıdan adli yargı kararlarıyla idari yargı kararları arasında fark olduğunu savunan ULER'e göre, *“İdari yargıda, başka bir sorunu çözmek amacı ile de olsa bir işlemin hukuka uygun olup olmadığı incelenmiş ise, bunun yargı işleminde belirtilmesi idareyi bağlar. İdare açısından gerekçenin önemi, özel hukuktakinden farklı görünüştedir. Özel hukukta taraflar yalnız hüküm fıkrası ile bağlıdırlar. Gerekçe yargı yerinin hangi nedenlerle bu sonuca vardığını gösterir. Oysa, idari yargı idarenin denetimi görevi gördüğünden, idarenin bağlılığı basit bir «hüküm fıkrasına bağlılık» olamaz. İdare kendine karşı verilmiş kararlarda «kararın genel anlamı» ile bağlıdır. Yargı kararlarının gerekçelerinin yerine getirilmesinde ve hukuka aykırılığın izlerini silmede bu anlayışla davranmak zorundadır”*²¹. Öğretide ve yargısal içtihatlarda kamu yargılaması alanında Anayasa Mahkemesi'nin²² ve idari yargı yerlerinin²³ kararlarının gerekçesiyle de bağlayıcı olduğu ve kararların bu yönde uygulanması gerektiği savunulmuştur²⁴.

²¹ ULER, s. 70.

²² “Mahkeme kararlarının gerekçe ve hüküm fıkrasından oluştuğu, gerekçenin kararın dayanağını teşkil ettiği ve birini diğerinden bağımsız olarak ele almanın mümkün olmaması karşısında, Anayasa Mahkemesi kararlarının hüküm fıkrası ile olduğu kadar gerekçesiyle de bağlayıcı bulunduğu kuşkusuzdur.” Danıştay 8. Daire, E. 1998/5912, K. 2000/4951, K.t. 27.06.2000 (www.kazanci.com).

²³ “Yine kesin hüküm halini alan bir yargı kararının sadece hüküm fıkrası itibarıyla değil aynı zamanda gerekçesi itibarıyla de en başta davanın taraflarını bağladığı, bunların kesin hükme bağlanan bir uyumsuzluğun yeniden tartışılmasını hukuken mümkün kılacak bir olanağa sebep bulunmadıkları ve yargı yerinin de kesin hükümle çözümlenen uyumsuzluk hakkında yeniden kara veremeyeceği açıktır.” Danıştay 5. Daire, E. 1993/689, K. 1995/3549, K.t. 15.11.1995; “Yargı kararlarının sadece hüküm fıkraları itibarıyla değil gerekçeleri itibarıyla da bağlayıcı olmaları nedeniyle uygulanmasında idareler tarafından karardaki gerekçeler de dikkate alınmak suretiyle yeni işlemler tesis edilmesi gerektiği, öte yandan bireysel işlemlere karşı açılan davalarda iptal kararının sonuçlarından sadece davayı açan kişilerin yararlanabileceği de açıktır.” Danıştay 2. Daire, E. 2007/1627, K. 2008/698, K.t. 13.02.2008; “Yargı kararlarının icaplarına uygun şekilde yerine getirilmesinden amaç, yargı kararının gerekçesi ve hüküm fıkrasıyla bir bütün olarak değerlendirilerek gereğinin yerine getirilmesidir.” Danıştay 12. Daire, E. 2008/4343, K. 2008/5507, K.t. 28.10.2008 (www.kazanci.com).

²⁴ Bu konuda bkz. İlter AKSOYLU, “İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 21, Ankara 2006. (http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=70)

Danıştay'ın iptal davasının esastan reddine ilişkin kararın temyiz incelemesi sonucunda bozulması durumunda idarenin uygulama yükümlülüğü bulunup bulunmadığı konusunda farklı yönde kararları bulunmaktadır. Danıştay Beşinci Dairesinin 28.02.2000 tarihli 1999/143 E. ve 2000/675 K. sayılı kararında iptal davasının reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararının temyiz incelemesi sonucu bozulması üzerine, İdarenin bu bozma kararını uygulaması gerektiği kabul edilmiştir. Kararın gerekçesine göre,

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun “Temyiz ve İtiraz İstemlerinde Yürütmenin Durdurulması” başlıklı 52/4. maddesi; “Kararın bozulmuş olması kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur.” hükmünü içermektedir. Bu hüküm uyarınca, Danıştay Beşinci Dairesinin yukarıda anılan bozma kararı nedeniyle Ankara 5. İdare Mahkemesinin 17.1.1997 günlü, E:1996/926, K:1997/16 sayılı kararının yürürlüğünün de kendiliğinden durduğu açıktır. Bununla beraber, davanın reddi yolunda verilen kararların temyiz incelemesi sonucu bozulmaları halinde söz konusu bozma kararları uyarınca davalı idarece işlem tesis edilmesi bir zorunluluk olmasına karşın; dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararlarının bozulmaları halinde bozma kararları dava konusu işlemi yürütülebilir kılmakla beraber yürütülmesi zorunluluğunu doğurmamaktadır”²⁵.

Danıştay 1. Dairesi de yargı kararını yerine getirmemek iddiasıyla yapılan ön inceleme sonucunda soruşturma izni verilmemesine ilişkin idare kararını inceleyerek,

“(Ş)ikayetçi lehine verilen Danıştay 2. Dairesi'nin (...) sayılı kararının gereğinin yerine getirilmediği, bu durumda ilgililere isnat edilen eylemin, soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu anlaşıldığından, itirazın kabulüyle, (...) soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararın kaldırılmasına.”

²⁵ Danıştay 5. Daire, E. 1999/143, K. 2000/675, K.t. 28.02.2000 (www.kazanci.com).

karar vermiştir²⁶. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca yapılan inceleme sonucunda verilen bu karar, davanın reddine ilişkin ilk derece yargı yerinin kararının bozulmasına ilişkin kararın da idarece İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesi hükmü kapsamında uygulanması gereğini vurgulamaktadır.

Danıştay 5. Dairesi sonraki bir kararında ise farklı bir görüş benimsemiştir. Karara göre,

“2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Kararların sonuçları" başlıklı 28. maddesinin 1. bendinde; "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre, idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir." hükmü. "Kararın bozulması" başlıklı 49 maddesinin 3.. bendinde "Kararın bozulması halinde dosya, Danıştay'ca kararı veren mahkemeye gönderilir. Mahkeme, dosyayı diğer öncelikli işlere nazaran daha öncelikle inceler ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar verir." hükmü, "Temyiz veya itiraz istemlerinde yürütmenin durdurulması başlıklı" 52 maddesinin 4. bendinde "Kararın bozulması, kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur." hükmü yer almıştır.

Yukarıda yazılı yasal düzenlemeler uyarınca idare mahkemelerince verilen nihai kararların temyizen incelenmesi sonucu Danıştay'ca verilen bozma kararındaki hüküm fıkrası, Mahkeme kararının bozulmasına

²⁶ Danıştay 1. Daire, E. 2009/62, K. 2009/322, K.t. 18.02.2009. Karara konu eylem, şikâyetçinin Bölge Müdürlüğü görevinden alınarak Daire Başkanlığına uzman olarak atanması işleminin iptali için açtığı davanın reddine dair Ankara 10. İdare Mahkemesi kararını bozan Danıştay 2. Dairesi kararını uygulamamaktır. (Yayımlanmamıştır)

yönelik olup, dava konusu işlemin iptali veya davanın reddi sonucunu doğurmadığından, idarece uygulanacak bir karar niteliğinde de değildir.

(...)

Bu durumda, 2577 sayılı yukarıda yazılı hükümleri uyarınca, idarece, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının bozulmasına yönelik Danıştay Beşinci Dairesi kararı üzerine mahkemece yeniden verilecek karara göre işlem kurulması gerekirken, dava konusu işlemin iptali yolunda hüküm bulunmayan bozma kararı üzerine kurulan işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır²⁷.

Danıştay 3. Dairesi de daha kapsayıcı ifadelerle davanın reddi kararının bozulmasına ilişkin Danıştay kararının idare tarafından uygulanması gereken bir karar olmadığı sonucuna varmıştır:

“İdarenin, icaplarına uygun işlem tesisine veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu kararlar; Danıştay’ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı idari davalarda, bölge idare mahkemelerinin ise itiraz üzerine ilk derece mahkemesi kararının bozulduktan sonra işin esası hakkında verdikleri kararlar ile idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlardır.

Danıştay’ın temyiz başvurusu üzerine verdiği kararlar ise sözü edilen 28’inci madde uyarınca infazı gereken kararlardan değildir. Zira, Danıştay’ın alt derece idari yargı yerlerinin nihai kararları üzerindeki temyiz denetimi, bir hukuka uygunluk denetimi olup, Danıştay’ın bozma kararının gereklerinin yerine getirilmesi, 2577 sayılı Kanunun 49’uncu maddesi uyarınca, kararı bozulan ilk derece idari yargı yerince gerçekleşir. Bozma kararları, dava konusu işlemin hukuka uygunluğu konusunda kesin yargı içerebileceği gibi

²⁷ Danıştay 5. Daire, E. 2010/3275, K. 2011/2757, K.t. 22.5.2011 (www.kazanci.com). Davaya konu olayda davacı hakkındaki atama işlemi üçüncü kişi tarafından dava konusu edilmiş, bu dava reddedilmiş ve temyiz incelemesi sonucunda bu red kararı bozulmuştur. İdarenin bu bozma kararını uygulamak üzere davacıyı görevden alması nedeniyle açtığı dava da ilk derece mahkemesince reddedilmiş ve bu kararın temyiz edilmesi üzerine konu 5. Dairenin önüne gelmiştir.

bazı araştırma, inceleme ve değerlendirmelerin noksan yapıldığı gerekçesine de dayalı olabilir. Her iki halde de bozma kararına uyan mahkeme, dava hakkında yeniden karar verir veya mahkeme eski kararında direnebilir. Bu nedenle davanın reddi yolundaki mahkeme kararlarının Danıştay'ca bozulması durumunda idarece herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmayıp, mahkemenin yeni kararının beklenmesi gerekmektedir”²⁸.

Bozma kararının ilk derece yargı yerinin kararını (bu kararın hüküm fıkrasının doğurduğu etkiyi) ortadan kaldırdığı açık olup, bozma üzerine ilk derece yargı yerince karar verilecektir. Yukarıda değinildiği üzere, Danıştay'a temyiz incelemesi sonucunda davanın esası hakkında karar vererek uyuşmazlığı nihai olarak çözüme yetkisi tanınmamıştır. Ancak bozma kararının etkisini ilk derece yargı yerinin ısrar etme yetkisinin bulunmasına bağlamak doğru bir hukuksal temellendirme değildir. Bir başka yargı yerince verilecek kararın varlığı mevcut bozma kararının etkisinin saptanmasında kullanılamaz. Bu açıdan ilk derecede verilen bir kararın da temyiz edilebileceği ve bozulabileceği ihtimali, bu kararının etkisi olmadığı anlamına gelmez. Ayrıca pratik olarak Danıştay'ın ilk derece yargı yeri olarak baktığı davalarda Danıştay içi temyiz mekanizmasında ısrar yetkisinin öngörülmemesi ve ilgili İdari Dava Daireleri Kurulu ve Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun verdiği bozma kararlarına davaya ilk derece yargı yeri olarak bakan Danıştay Dairesinin uyma zorunluluğu (m. 49/6) bu temellendirmenin geçersizliğini göstermektedir. Aynı şekilde ilk derece mahkemelerinin ısrar kararlarının temyizi üzerine verilen “Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları kararlarına uyulması(nın) zorunlu” olması (m. 49/4) da bu sonucu doğrulamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere idari yargı kararlarının gerekçesiyle de bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi, bu tür bozma kararlarının da idarece uygulanması zorunluluğunu temellendirebilir. Ancak bu argüman açısından da sorun, bozma kararının esas hakkında verilen bir karar

²⁸ Danıştay 3. Daire, E. 2008/2633, K. 2010/2177, K.t. 17.6.2010 (www.kazanci.com).

olmaması ve temyiz incelemesinde yapılanın teorik olarak olay incelemesi değil hukuka uygunluk incelemesi olmasıdır. Bozma kararı için esasına ilişkin saptamalar içerse bile, iptal davasının yargıcı temyiz mercii değil davaya ilk derecede bakan yargı yeridir. Kararının başka yargı mercilerince incelenebilir ve kaldırılabilir olması, ilk derece yargıcının bu özelliğini ve esas hakkında karar verme yetkisine sahip olmasını ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim bu nedenledir ki üst derece yargı yerinin bozma kararına uyulmasının zorunlu olduğu durumlarda dahi dosyanın esası hakkında nihai kararı verme yetkisi (uyma zorunluluğu nedeniyle şeklen de olsa) ilk derece yargı yerine tanınmıştır. Bu nedenle, mevzuatta kanun yolu incelemesi yapan yargı yerine için esası hakkında karar verme yetkisinin tanındığı durumlar dışında, ilk derece yargı yeri uyuşmazlığın yargıcı olmaya devam etmektedir ve bağlayıcı, idarenin uygulaması gereken esas hakkındaki karar da ancak bu merci tarafından verilen karardır.

IV. TEMYİZ AŞAMASINDA VERİLEN YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARI

İdari Yargılama Usulü Kanununun 52. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Temyiz veya itiraz yoluna başvurulmuş olması, hâkim, mahkeme veya Danıştay kararlarının yürütülmesini durdurmaz. Ancak, bu kararların teminat karşılığında yürütülmesinin durdurulmasına temyiz istemini incelemeye yetkili Danıştay dava dairesi, kurulu veya itirazı incelemeye yetkili bölge idare mahkemesince karar verilebilir. **(Ek Cümle: 10/6/1994 - 4001/22 md.)** Davanın reddine ilişkin kararların temyizi halinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi 27 nci maddede öngörülen koşulun varlığına bağlıdır.”

Kanunun 52. maddesi genel olarak mahkeme kararlarının yürütülmesinin durdurulmasına yönelik olmakla birlikte, yukarıda değinildiği üzere davanın reddine ilişkin kararların yürütülmesi söz konusu olamayacağından bu tür kararlar hakkında verilecek yürütmenin durdurulması kararının aslında dava konusu işleme yönelik olacağı

açıktır²⁹. Bu nedenle fıkranın ilk halinde yer almayan dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulması yetkisi 4001 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle temyiz merciine açıkça tanınmıştır. Bu değişikliğin gerekçesinde tereddütleri gidermek amacıyla bu yönde düzenleme yapıldığı belirtilmektedir³⁰.

İptal kararının temyiz edilmesi durumunda ortaya iptalle yeni bir hukuksal durum ve etki çıktığından, bu sonucu yaratan yargı kararının yürütülmesinin durdurulması ortaya çıkan etkiyi ortadan kaldıracaktır. Bu açıdan mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması, 52/4. maddede öngörülen “kararın bozulması, kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur” hükmüyle aynı anlam ve sonuçları içerecektir. Yukarıda iptal kararının bozulmasıyla ortaya çıkacak hukuksal duruma ilişkin saptamalar, iptal kararının yürütülmesinin durdurulması durumunda da aynen geçerli olacaktır.

Bu maddede yer alan “dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması” yetkisi asıl özellikli durumu göstermektedir. Bu düzenlemeyle temyiz yargıcına, iptal davası yargıcının bir yetkisi tanınmış olmaktadır. Böylece temyiz incelemesi yapan Danıştay, uyuşmazlığın esasının yargıcı gibi hareket ederek, ilk derecede reddedilen bir iptal davasında iptal kararıyla aynı sonucu doğuran dava konusu işlemin

²⁹ Söz konusu değişiklikten önce CANDAN, davanın reddine ilişkin kararların yürütülmesinin durdurulmasının dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulması anlamına gelmeyeceğini savunmuştur. Turgut CANDAN, “İtiraz ve Temyiz Başvuruları Dolayısıyla Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının İptal Davasına Konu İdari İşlemin Yürütülebilirliği Üzerinde Etkileri”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1992 S. 4, s. 565. CANDAN, Danıştay'ın bu durumlarda da yürütmenin durdurulması kararı verdiğini ve bu kararın idarece dava konusu işlemin yürütülmesi durdurulmuş gibi uygulandığını da belirtmektedir (s. 566).

³⁰ “Fıkraya eklenen cümle ile de davanın reddine ilişkin kararların temyizi hâlinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi, 27 nci maddede öngörülen koşulun varlığına bağlı kılınmaktadır. Bu suretle, temyiz aşamasında dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilip verilemeyeceğine ilişkin hukukî tartışmalara da son verilmektedir.”

TBMM Dönem: 19 Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 409.

<http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c062/tbmm19062115ss0409.pdf>

yürütülmesinin durdurulması yetkisini kullanabilecektir. Belirtmek gerekir ki 52. maddede 27. maddede öngörülen itiraz mekanizmasına yer verilmediğinden, temyiz mercii bu yürütmenin durdurulması kararına karşı bir itiraz yapılması ve kararın temyiz mercii dışında bir merci tarafından kaldırılması da mümkün değildir³¹. Temyiz aşamasında verilen bu karar ile ilk derecede verilen yürütmenin durdurulması arasında etkisi ve sonuçları itibarıyla herhangi bir fark bulunmamaktadır. İdare bu yürütmenin durdurulması kararını da tıpkı iptal yargıcının verdiği karar gibi uygulamak zorundadır.

Temyiz aşamasında verilen işlemin yürütülmesine ilişkin kararın iptal kararı gibi sonuç doğuracağı açık olmakla birlikte bu etkinin temyiz incelemesinin sonuçlandırılarak sonuçta onama ya da bozma kararı verilmesi durumunda ne olacağı tartışılabilir. Temyiz incelemesi sırasında dava konusu işlemin yürütülmesi durdurulduktan sonra, temyiz incelemesi sonucunda davanın reddine ilişkin ilk derece yargı yerinin kararının onanmasını beklemek gerçekçi olmayacaktır. Ancak çok düşük bir ihtimalle böyle bir onama kararı verildiğinde dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin kararın ortadan kalkacağı kabul edilmelidir. Böylece işlemin idare tarafından yürütülmesi ve uygulanması mümkün olacaktır.

Temyiz aşamasında işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verildikten sonra ilk derece yargı yerinin kararının bozulması durumunda, verilmiş bulunan yürütmenin durdurulması kararının etkisinin ortadan kalkmayacağının da kabulü gerekir. Yürütmenin durdurulması kararlarının ara karar niteliğinde olmasının sonucu olarak nihai kararla birlikte bu kararların ortadan kalkacağı savunulmakla birlikte, temyiz aşamasında işlemin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin kararın temyiz incelemesindeki nihai karar olan bozma kararıyla birlikte ortadan kalkması bu kurumun niteliğine aykırı olacaktır.

³¹ Danıştay İDDGK, YD İtiraz No: 2003/1430, Ahmet ARSLAN / Emin SINMAZ / Tuncay DÜNDAR, **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 594-595. CANDAN, **İdari Yargılama Usulü**, s.1071.

Yürütmenin durdurulması kararı yargılama işlemleri arasında, yargı yerinin dosyadan elini çekmesi sonucunu doğuran kararlardan olmadığından, ara karar olarak değerlendirilebilir³². Ancak ara karar olmanın sonucu olarak yürütmenin durdurulması kararının nihai kararla ortadan kalkacağı savunulamaz. Örneğin bir yargı yerinin yapılan görev itirazını reddederek görevliliğine ilişkin verdiği karar, ara karar niteliğindedir ve bu kararın etkisinin davanın esası hakkındaki kararla ortadan kalkacağını düşünmek anlamsızdır. Nihai karar bazen ara kararın etkisini devam ettirecek nitelikteyken bazen de bu etkiyi kaldırabilir. Ara karara karşı öngörülebilecek üst başvuru yolları dışında, bir ara kararın ancak bu kararı veren yargı yerinin, kararını nakzedecek nitelikteki bir başka kararıyla kalkması söz konusu olabilir. Yürütmenin durdurulması kararı açısından da bu, ancak kararı veren yargı yerinin gerekirse bu kararını kaldırmasına ilişkin yeni bir kararı³³ ya da nihai kararda davayı red kararı olabilir. Bu çerçevede temyiz aşamasında dava konusu yapılan işlemin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin kararın etkisinin bozma kararıyla da devam edeceğinin kabulü gerekir çünkü bozma kararının hem gerekçesi hem de hüküm fıkrası verilmiş yürütmenin durdurulması kararını nakzeden aksi bir saptama ve yargı içermez.

³² TEKİNSOY, s. 160 vd.

³³ İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinde itiraz mercii tarafından yürütmenin durdurulması kararının kaldırılabilmesi öngörülmüşken, kararı veren iptal davası yargıcının bu kararı kaldırma yetkisi düzenlenmemiştir. Pratik olarak, yargılamanın ilerleyen aşamalarında yapılan inceleme sonucunda yürütmenin durdurulması kararını kaldırmak yerine davanın reddine karar verilebilecek aşamaya gelindiği ve böyle bir yetkiyi kullanmaya gerek olmadığı da düşünülebilir. Ancak mevzuatta ikinci kez yürütmenin durdurulması talebinde bulunma imkanı düzenlenmemişken bile bu yöndeki talepleri inceleyen ve müteaddit talep üzerine yürütmenin durdurulması kararı verebilen idari yargı yerlerinin, koşullardaki değişiklik üzerine bu kez vermiş oldukları yürütmenin durdurulması kararını kaldırma yetkisine sahip olduğunun da kabulü gerekir.

SONUÇ

Temyiz aşamasında Danıştay tarafından yapılan inceleme, bir olay incelemesi olmayıp ilk derece yargı yerince verilen kararın hukuka uygunluk yönünden denetlenmesi niteliğindedir. Ancak bu durum, temyiz üzerine verilen kararda dava konusu işlemin hukuka uygun ya da aykırı olduğuna ilişkin bir tespitin yapılmasını engellememektedir. Danıştay, temyiz incelemesini sonuçlandırmak açısından kararının gerekçesinde işlemin hukuka uygunluğuyla ilgili saptamalara da yer verebilir. Temyiz merciine davanın esası hakkında da karar verme yetkisinin tanınmamış olması nedeniyle, bu tür saptamaların davanın esası hakkında verilmiş bir karar olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte İdari Yargılama Usulü Kanununda yer alan düzenlemeler çerçevesinde, ilk derecede verilen iptal kararının bozulması bu kararın yürütülmesini durduracağından, idarenin bu etki çerçevesinde işlemin yürütme imkânı bulunmakta olup özellikle üçüncü kişilerin hak ve menfaatleri sözkonusu olduğunda bu imkânın bir zorunluluğa dönüşmesi de mümkündür. Aynı durum iptale ilişkin ilk derece yargı kararının yürütülmesinin durdurulmasında da geçerli olacaktır. Ayrıca ilk derecede davanın reddine ilişkin kararların temyiz incelemesi sırasında Danıştay'ın dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulması yetkisini kullanarak vereceği yürütmenin durdurulması kararları da idare açısından iptal yargıcının verdiği yürütmenin durdurulması kararlarıyla aynı etki ve sonuca sahip olacaktır. Bu tür özellik gösteren kararlar dışında temyiz incelemesi sonucu verilen onama veya bozma kararları, bu kararların ilk derecede verilen iptal ya da davanın reddi kararları hakkında olması farketmeksizin, yeni bir uygulamaya yol açacak ve idare tarafından uygulanması zorunlu nitelikte kararlar değildir.

KAYNAKÇA

- AKSOYLU, İlter: “**İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı**”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 21, Ankara 2006.
(http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=70)
- ALTAY, Evren: **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- ARSLAN, Ahmet /
SINMAZ, Emin /
DÜNDAR, Tuncay: **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- AYANOĞLU, Taner: “**Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği**”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara 2004, s. 63-71.
- CANDAN, Turgut: “**İtiraz ve Temyiz Başvuruları Dolayısıyla Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının İptal Davasına Konu İdari İşlemin Yürütülebilirliği Üzerinde Etkileri**”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1992 S. 4, s. 558-570.
- CANDAN, Turgut: **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- DERBİL, Süheyp: **İdare Hukuku**, Cilt I (İdari Kaza – İdari teşkilat), AÜHF Yayınları, Ankara 1948.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref /

- TAN, Turgut: **İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- ÖZTÜRK, İlhami: “**İdari Yargıda Temyiz İncelemesinin Usulî Kazanılmış Haklar Açısından Sınırlanması**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 1027-1043.
- TEKİNSOY, M. Ayhan: **İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması**, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.
- ULER, Yıldırım: **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, AÜHF Yayınları No. 281, Sevinç Matbaası - Ankara 1970.

VERGİ KAÇAKÇILIĞI İLE MÜCADELEDE YENİ BİR MODEL: VERGİ POLİSİ MÜESSESESİ (FRANSA ÖRNEĞİ)

Doç. Dr. Elif PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR*
Doç. Dr. Fatih SARAÇOĞLU**

ÖZET

Vergi polisleri, vergi kanunlarında öngörülen ihlalleri araştırmak ve tespit etmekle görevli olup, vergi idaresinde görevlendirilmişlerdir. Bu kişilere “adli vergi memuru” sıfatı verilmiştir.

Ulusal, yerel ve Avrupa Birliği’ne dair tüm vergiler vergi polisinin görev ve yetki alanına dâhil bulunmaktadır. Vergi polisi salt vergisel (idari) incelemede bulunamamakta, sadece adli nitelikte olanları (ceza kanunu kapsamında bulunan) yürütebilmektedir. Yetkileri arasında; el koyma (zapt), arama, gözaltına alma, telefon dinlemeleri ve kanunda belirtilen bilgilere ulaşma serbestliği yer almaktadır.

Vergi polisi müessesesi; kayıt dışı ekonomi, kara para aklama, vergi cennetleri ve off-shore bankalar ile mücadele etmek, vergi tahsilatında etkinlik sağlamak gibi amaçlarla geliştirilmiş olup; vergi incelemesi aşamasında adli yetkilerle donatılan vergi memurlarının bu yetkileri tartışmalara yol açmıştır.

Ülkemizde yoklama müessesesinde bunu gerçekleştirenlerin zapt ve tasfiye yetkileri ile aramada defter ve belgelere el koyma yetkileri, vergi polisi müessesesindeki gibi, vergi inceleme elemanlarının adli yetkilerine benzer özellik göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Vergi polisi – Vergi kaçakçılığı – Yoklama – Arama – Yetki

*Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Maliye ve Ekonomi Bölümü Öğretim Üyesi, elifpursunlerli@gmail.com

**Gazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü Öğretim Üyesi, fatihsaracoglu@gazi.edu.tr

A NEW MODEL COMBATING AGAINST TAX EVASION: TAX POLICE ESTABLISHMENT (THE CASE OF FRANCE)

ABSTRACT

Tax police, have been appointed in the tax administration, to identify and search the violations set forth in the tax laws. The “criminal tax officer” title is given to these persons.

Nationally, local and the European Union taxes are included into the duties and powers of tax police. The tax police can not realise absolute (administrative) tax audit, they can carried out that only a judicial nature (the scope of criminal law). Between their powers; seizure, search, detention, wiretaping and the freedom of access to information contained in law is located.

Tax police establishment, has been developed to combating for such purposes; the informal economy, money laundering, tax havens and off-shore banks and to ensure efficiency in tax collection; the authorities of tax officers who equipped with forensic duties has led to this debate.

In our country, those who do so the seizure and liquidation powers on the polling and the power of seizure to books and documents on the search, such as the tax police establishments, shows similar characteristics to the tax audit officers judicial powers.

Keywords: Tax police, tax evasion, polling, search, power.

GİRİŞ

Vergi polisi müessesesi; kanundaki ifadesiyle adli vergi memuru, ulusal ve uluslararası bağlamda vergi kaçakçılığının önlenmesi amacıyla son yıllarda Avrupa ülkelerinde uygulanan ve çeşitli açılardan eleştirilen, adli polis niteliğindeki bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özellikle 2008 ekonomik kriziyle birlikte uluslararası sermaye hareketlerindeki artış, kara para aklama faaliyetleri, vergi cennetleri ve off-shore bankalarına yöneliş, ülkelerde sermaye birikiminin korunması

ve artırılması amacıyla, ulusal ve uluslararası boyutta vergi kaçakçılığıyla mücadelenin önemini arttırmıştır. Vergi polisi müessesesinin oluşturulması, bu politikanın bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Çalışmada, öncelikle vergi polisi müessesesinin Fransa’da uygulanış biçimi incelenecektir. Bu çerçevede vergi polisi kavramı açıklandıktan sonra, vergi polisinin görev ve yetkileri ortaya konulacak ve ortaya çıkış nedenleri incelenecektir. Daha sonra vergi polisi müessesesinin olumsuz yönleri açıklanacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise Türkiye’de vergi idaresinin mükellefleri denetleme yöntemlerinden olan yoklama ve arama müesseselerindeki benzer yetki tartışmaları ortaya konulacaktır.

I. VERGİ POLİSİ KAVRAMI VE VERGİ POLİSİNİN GÖREV VE YETKİLERİ

A. Vergi Polisi Kavramı

Vergi polisi müessesesi¹, Fransa’da 2009 yılı Bütçe Kanunu’nun 23. maddesinde öngörülmüş; Danıştay’ın 3-4 Ağustos 2010 tarihli kararnamele ile düzenlenmiştir² ve 4 Aralık 2010 tarihli Kararname ile oluşturulmuş bir müessesedir. İçişleri Bakanlığı nezdinde bulunan merkezi adli polis idaresine bağlı Mali ve Vergi Ulusal Araştırma Birimi (DNIFF)³ adı altında oluşturulmuştur. 6 Aralık 2013 tarihinde ise bir yasa ile Mali Cumhuriyet Savcılığı⁴ oluşturulmuştur. Mali Cumhuriyet Savcılığı ile vergi kaçakçılığı suçlarının soruşturmasını yürüten Savcılık makamı ayrı bir organ şeklinde düzenlenmiştir.

¹ Fransızca’da BNRDF (Brigade Nationale de Répression de la Délivance Fiscale) olarak adlandırılmaktadır.

² 3 Ağustos 2010 ve 4 Kasım ve 4 Aralık 2010 tarihli kararnameler ile bu müesseseye ilave düzenlemeler getirilmiştir.

³ Fransızcada Division Nationale des Investigations Financières et Fiscales olarak adlandırılmaktadır.

⁴ OCLCİFF (Office Central de lutte contre la Corruption et les infractions financières et fiscales) oluşturulmuştur. Hem BNRDF birimini hem de yeni oluşturulan BNLCCF (la brigade nationale de lutte contre la corruption et la criminalité financière) birimini kapsamaktadır.

Vergi idaresinde görevlendirilen vergi polisleri, Fransız Vergi Usul Kanunu (Code Général des Impôts) md. 1741 ve 1743’de öngörülen ihlalleri araştırmak ve tespit etmekle görevlidirler. Bu birimde hizmet veren kişilere ise yasada “adli vergi memuru”⁵ sıfatı verilmiştir.

Fransa’nın yanı sıra, İtalya, ABD, Almanya, Hollanda, Rusya ve Belçika’da da vergi polisi (adli vergi memuru) uygulaması bulunmaktadır. Vergi polisi müessesesinin uygulaması, ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte, İtalya’da “Guardia di Finanza”, vergi polisinin adli yetkilerinin en geniş olduğu uygulama biçimidir.

B. Vergi Polisinin Görev ve Yetkileri

Vergi idaresinde⁶ iki aşamalı bir görüş bildirimi üzerine Mali Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunabilmektedir. Suç duyurusunu takiben, uygun koşulların sağlanması durumunda, soruşturma Mali Cumhuriyet Savcısına devredilmektedir. Mali Cumhuriyet Savcılığı, kendiliğinden soruşturma başlatamamaktadır, yani soruşturma, vergi idaresinin şikâyet şartına bağlanmıştır⁷.

Vergi polisleri, başsavcı tarafından bir kez yetkilendirildiklerinde, adli polis ile aynı yetkilere sahip olmaktadır ve gerekli gördükleri araştırma ve incelemeleri yapabilmektedirler. Vergi polisleri, vergi kaçakçılığı ile ilgisi bulunmayan herhangi bir vergi incelemesine katılamamaktadırlar⁸.

Salt vergi ihlalleri (idari vergi ihlalleri), vergi polisinin yetki alanına girmemektedir. Vergi polisleri, daha önce iştirak ettiği bir vergi

⁵ Fransızcada *Officiers fiscaux judiciaires* olarak adlandırılmaktadır.

⁶ DGFIP (Direction Générale des Finances Publiques), CIF (Commission des Inractions Fiscales)’in görüşü üzerine suç duyurusunda bulunabilmektedir.

⁷ *Lutte Contre la Fraude Fiscale et la Grande Délinquance Économique et Financière: La Loi Publiée au Journal Officiel*, Clifford Chance, Client Briefing, http://www.cliffordchance.com/briefings/2013/12/lutte_contre_la_fraudefiscaleetlagrand.html (Erişim tarihi: 22.01.2015).

⁸ Vergi polisleri, yalnızca Fransız Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun (Code de Procedure Pénale) 28-2, R.15-33-29-5 vd ile 36/10/1. maddelerinde öngörülen fiilleri soruşturabilmektedirler.

incelemesi ile ilgili hiçbir incelemeye katılamamaktadırlar⁹. Yetkileri; el koyma (zapt), arama, gözaltına alma, telefon dinlemeleri ve kanunda belirtilen bilgilere ulaşma serbestliğidir¹⁰.

Suç örgütü niteliği taşıyan vergi kaçakçılığı suçlarının tespit edilmesi durumunda, gözetleme yetkileri de bulunmaktadır¹¹. Vergi polisi, Ulusal Adli Gümrük Servisi kapsamındaki incelemelerde de yer alabilmektedir. Ayrıca, yukarıda belirtildiği üzere salt vergisel (idari) incelemede bulunamamakta, sadece adli nitelikte olanları (ceza kanunu kapsamında bulunan) yürütebilmektedir.

Tüm vergiler (ulusal, yerel ve Avrupa Birliği'ne dair) vergi polisinin görev ve yetki alanına dâhil bulunmaktadır.

II. VERGİ POLİSİ MÜESSESESİNİN ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ

Vergi polisi müessesesi, ülkelerde sermaye birikimini teşvik başta olmak üzere çeşitli nedenlerle oluşturulmuştur. Bu nedenler aşağıda belirtilmiştir.

A. Vergi Kaçakçılığı ile Mücadele

Vergi kaçakçılığının tanımı uluslararası boyutta OECD tarafından yapılmış olup, buna göre “vergi kaçakçılığı, mükelleflerin yasayı ihlal etmek suretiyle verginin dışında kalmak amacıyla gerçekleştirdikleri her türlü faaliyetlerdir”¹². Fransa’da Vergi Konseyi; vergi kaçakçılığını “ödenmesi gereken vergiyi azaltmaya ve giderleri arttırmaya yönelik kesin bir suç teşkil eden bir eylemin gerçekleştirilmesi durumunda vergi kaçakçılığından bahsedilebilmektedir” şeklinde tanımlamıştır¹³.

⁹ Bulletin Officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, 15. Dec (Aralık) 2001 tarihli sirküleri, s. 3.

¹⁰ Bulletin Officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, s. 3.

¹¹ L'impossible Création d'une Véritable Police Fiscale, <http://www.ifrap.org/Police-fiscale-quelle-necessite-contre-la-fraude,1350.html> (Erişim tarihi: 23.01.2015).

¹² OECD Rapport, “Rapport sur la Fraude Fiscale de l'OCDE”, No: 34, Paris 1987.

¹³ Bouvier M.: Introduction au Droit Fiscal Général et à la Théorie de l'Impôt, 5. Édition, Paris 2003, s. 155.

Vergi polisi uygulaması ile ulusal ve uluslararası anlamda vergi kayıp ve kaçığının önlenmesi amaçlanmaktadır¹⁴. Kamu düzeninin sağlanması, vergide adalet ilkelerinin gözetilmesi ve ulusal sermaye birikiminin teşvik edilmesi de vergi kaçakçılığı ile mücadelede vergi polisi müessesesinin oluşturulma amaçları arasında yer almaktadır¹⁵.

B. Kayıt Dışı Ekonomi ve Para Aklama ile Mücadele

Kayıt dışı ekonomi; bir taraftan çok yüksek oranda vergilendirilmeye engel olmak, diğer taraftan da bazı avantajlardan yararlanmak için beyan dışı bırakılan her türlü geliri ifade etmektedir¹⁶. Kara para aklamanın genel amacı; yasal olmayan faaliyetlerden elde edilen gelirlerin yasal olarak elde edilmiş gibi mali sisteme sokulması, bir başka deyişle bu gelirlerin yasadışı faaliyetlerden elde edildiğinin gizlenmesidir¹⁷.

Bu şekilde; muhtemel denetimlerde gerekli açıklamalar yapılabilecek veya bu denetimlerin yapılmasını gerektirmeyecek şekilde bu gelirler, şüpheden uzak niteliğe kavuşturulacaktır¹⁸.

Suç gelirine kaynaklık eden en önemli suçun uyuşturucu ticareti ve bu suçtan elde edilen gelirlerin çok büyük bir bölümünün nakit kullanımının düşük olduğu ve alınan önlemler nedeniyle büyük miktarda nakit işlemlerin dikkat çektiği ülkelerde olduğu dikkate alındığında, bu gelirlerin nakit sisteme sokulması, aklayıcılar açısından daha büyük önem kazanmaktadır¹⁹. Çünkü nakit halindeki gelir, günlük kullanımlar için harcanabilecek çok küçük bir kısmı hariç kullanılmaya uygun değildir.

¹⁴ Fransa’da vergi kaçakçılığı suçunun tanımı ve unsurları CGI md. 1741 ve 1743’de yer almaktadır.

¹⁵ Lutte Contre la Fraude Fiscale ... (Erişim tarihi: 22.01.2015).

¹⁶ Alain L. - Reichman C.: Théories Contre l’Impôt, Les Belles Lettres, Paris 2009, s. 13.

¹⁷ Lumières sur les Économies Souterraines (Auteurs Collectifs), Tomes14, Edition la Découverte, Paris 2014, s. 23.

¹⁸ Pestieau P.: L’économie Souterraine, Hahette, Paris 1989, s. 33.

¹⁹ Lumières sur les Économies ..., s. 23.

Dolayısıyla nakit halindeki bu gelirin kullanılabilir hale getirilmesi, yani aklanması gerekir²⁰.

Vergi polisi uygulamasıyla, vergi kaçakçılığı gerçekleştirmek suretiyle, verginin kayıt dışına çıkarılması ve para aklamanın gerçekleştirilmeden önce önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

C. Vergi Cennetleri - Off-Shore Bankalar ile İlgili Vergi Kaçakçılığıyla Mücadele

Vergi yasalarını ihlâl etmek suretiyle, vergi cenneti ve off-shore uygulamaları yoluyla, vergi kaybı yaratılması durumunda vergi polisinin müdahalesi öngörülmüştür²¹.

Vergi uygulaması olmayan ya da çok düşük oranda vergi uygulanan ülkeler, vergi cenneti ülkeler olarak adlandırılmaktadır²². Vergi cennetleri, vergi oranlarının çok düşük uygulandığı, ticari gizlilik taşıyan ve çoğunlukla off-shore finans merkezleri olarak bilinen yerlerdir²³.

Off-shore finans merkezleri, diğer bir ifadeyle kıyı bankaları, bir ülkenin topraklarında kurulmakla birlikte, yurt dışında topladıkları mevduatı yine yurt dışına kullandıran ve dolayısıyla o ülkenin vergi ve bankacılık mevzuatına tabi olmadan faaliyet gösteren bankaları ifade etmektedir²⁴.

Vergi cennetine ve off-shore bankalara sermaye aktarımı yasal düzenlemelere uymak suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, yasaların ihlâl edilmesi suretiyle de gerçekleştirilebilmektedir. Vergi polisi müessesesi, yasalara aykırı fiiller sonucunda vergi kaçakçılığı suçunun işlenmesi

²⁰ Aklama Yöntemleri, <http://www.masak.gov.tr/tr/content/aklama-yontemleri/59> (Erişim tarihi: 24.01.2015).

²¹ Lutte Contre la Fraude Fiscale ... (Erişim tarihi: 22.01.2015).

²² Akdoğan A.: Kamu Maliyesi, Gazi Kitabevi, Ankara 2011, s. 194.

²³ Yıldız H.: Küreselleşmenin Vergileme Üzerine Etkileri ve Türkiye Açısından bir Değerlendirme, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 54.

²⁴ Öz S.: Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005, s. 166.

sonucunda ortaya çıkan suçlara yönelik olarak uygulanmaktadır²⁵. Bu kapsama gerçek ve tüzel kişiler dâhil olmaktadır²⁶.

Vergi cennetleri ve off-shore bankalara vergi kaçırmak suretiyle para aktarılması, vergi polisi uygulamasının ortaya çıkış nedenlerinden birisidir.

D. Daha Fazla Vergi Kaçakçılığı Dosyasına Ulaşma İmkânı Sağlanması

Vergi polisi müessesesi ile uluslararası alanda ülkeler arasında özellikle bilgi değişimi ve haberleşme alanında işbirliği yapılması amaçlanmaktadır²⁷.

Öncelikle ulusal alanda haberleşme ve bilgilenmenin etkinliğinin sağlanması, daha sonra ise, uluslararası bağlamda birçok ülke ile vergi kaçakçılığı dosyaları arasında iletişimin sağlanması ve durumun uluslararası boyutta değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Çok uluslu şirketler ve zararlı vergi rekabetinin engellenmesi konularında Avrupa Birliği nezdinde ortak çalışma yapılması öngörülmektedir²⁸.

Avrupa Birliği kapsamında özellikle KDV konusunda işbirliği imkânının (42. No.lu rejim) sağlanması, vergi polisi birimine, özellikle gümrük vergileri alanında daha fazla kaçakçılık dosyasına ulaşma ve takip imkânı sağlamaktadır²⁹. Vergi idaresi, gerçekleştirdiği olağan denetim mekanizmalarında, uluslararası alanda birçok ülke ile bilgi paylaşımının bulunmaması ve mali gizlilik uygulamaları nedeniyle, karmaşık ve birçok ülkeyi kapsayan vergi kaçakçılığı dosyalarına ulaşamamaktadır³⁰. Vergi polisi müessesesi ve bu müessese aracılığıyla vergi polisinin soruşturma

²⁵ Bkz. Les Polices Fiscales, Regards Croisés sur les Moyens de Lutte Contre la Fraude Fiscale, <http://www.2isf.org/les-polices-fiscales/> (Erişim tarihi: 25.01.2015).

²⁶ Les Services de l'Etat et la Lutte Contre la Fraude Fiscale Internationale, 1. Auot 2013, Cour des Comptes, Bulletin No: 67603, s. 2.

²⁷ Bilgi değişimi vergi kaçakçılığı ilişkisi için bkz. Bruron J.: Droit Pénal Fiscal, L.G.D.J., Paris 1993, s. 141.

²⁸ Les Services de l'Etat ..., s. 2.

²⁹ Extension de la Compétence de la Police Fiscale au Blanchiment de Fraude Fiscale, Revue de Droit Fiscal, No:51-52, 19 Décembre 2013, s. 24-25.

³⁰ Bkz. Lopez C.: Droit Pénal Fiscal, L.G.D.J., Broché, Paris 2012, s.16-17.

imkânına kavuşması, özellikle uluslararası alanda vergi kaçakçılığı ile mücadelede etkinliği sağlamak amacını taşımaktadır³¹.

E. İdari/Vergi ve Ceza Yargılamaları Arasındaki Koordinasyon Sorununun Ortadan Kaldırılması

Bazı ülkelerde vergi kaçakçılığı suçunun yargılaması sırasında vergi idaresi, vergi/idare mahkemeleri ve ceza mahkemeleri arasında ortaya çıkan etkileşimsizlik sorunu, mükelleflerin her iki yargılama sürecinde birbirinden farklı hükümlere ve farklı yaptırımlara maruz kalmalarına neden olmaktadır³².

Mükelleflerin, vergi kaçakçılığı suçunun yargılama aşamasında, vergi idaresi ve yargı organları arasında koordinasyon ve etkileşim sorunu yaşamaları, aynı zamanda vergiye karşı tepki duymalarına da neden olmaktadır³³. Vergi polisi müessesesi, bu olumsuzlukların da önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

F. Vergi İdaresinin Yükünü Azaltması ve Vergi Tahsilatında İvedilik Sağlanması

Vergi idaresi, vergi tahsilatını sağlamak amacıyla idari yaptırımlar uygulamakta ve uyuşmazlık ortaya çıkması durumunda uyuşmazlık vergi/idari yargıda çözümlenmektedir³⁴.

Vergi polisi müessesesi yoluyla vergi memurlarına adli yetkiler tanınması, vergi idaresinin faaliyet alanını idari vergi suçları ve cezaları ile sınırlayacaktır³⁵. Ceza yargılaması ve vergi idaresi arasındaki sebep sonuç ilişkisinin belli vergi kaçakçılığı suçlarında vergi polisine bırakılması da bu yönüyle vergi tahsilatında ivedilik ve etkinlik sağlayacak bir uygulama olacaktır³⁶.

³¹ Les Services de l'Etat ..., s. 3.

³² Extension de la Compétence ..., s. 24-25.

³³ Etkileşimsizlik sorunu için bkz. *Atanga Fongue R.*: Contrôle Fiscal et Protection du Contribuable dans un Contexte d'Ajustement Structurel, L'Harmattan, Paris 2007, s. 299.

³⁴ Bouvier M.: a.g.e., s. 108.

³⁵ Vergi idaresinin görev ve yetkileri için bkz. *Théories Contre l'Impôt*, Les Belles Lettres, Paris 2010, s. 2 vd.

³⁶ Extension de la Compétence ..., s. 21.

G. Soruşturmada Bağımsızlık İmkânının Yaratılması

Vergi incelemesinin doğası gereği, deliller sadece defter ve belgeler ile sınırlı olacakken, vergi polisi, vergi kaçakçılığı ile ilgili her türlü unsuru delil olarak tespit edebilecektir³⁷.

Ayrıca, vergi polisi müessesesi ve oluşturulan bağımsız Mali Cumhuriyet Savcılığı müessesesi birlikte düşünüldüklerinde, Savcılık tarafından soruşturma aşamasında vergi idaresinden görüş istenmemesi ve inceleme yapma talebinde bulunulmaması imkânlarını da sağladığı için, soruşturmanın vergi idaresinden bağımsız ve daha hızlı yürütülmesini sağlamaktadır³⁸.

III. VERGİ POLİSİ MÜESSESESİNİN OLUMSUZ YÖNLERİ

Vergi polisi uygulaması, yukarıdaki sebeplerle ortaya konulmuş olmasına karşın, çeşitli açılardan eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu olumsuzluklar aşağıda belirtilmiştir.

A. Mükellef Hakları İle Yeterli Düzenlemelerin Gerçekleştirilmemişi Olması

Olağan vergi incelemesi sırasında mükellef hakları belirlilik ve açıklık gösterirken, vergi polisi tarafından gerçekleştirilen incelemeler sırasında mükelleflerin sahip olacakları haklar yasalarda ve/veya Mükellef Bildirgesi'nde belirtilmemiştir³⁹. Bu yönüyle, vergi polisi uygulaması, vergide eşitlik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁰.

Ayrıca, vergi polisi uygulamasıyla uluslararası boyutta vergi kaçakçılığı faaliyetlerinin araştırılacağı düşünüldüğünde, ülkeler arasında da vergi mükelleflerinin vergi incelemesi ve soruşturmalar sırasında farklı

³⁷ Delil ile ilgili olarak bkz. *Dedeuwaerder G.: Théorie de l'Interprétation et Droit Fiscal*, Dalloz, Paris 2010, s. 197-201 ve *Les Services de l'Etat ...*, s. 3.

³⁸ *Extension de la Compétence ...*, s. 24-25.

³⁹ Mükellef hakları ile ilgili olarak Bkz. *Bouvier M.: a.g.e.*, s. 53.

⁴⁰ *Leroy M.: Fiscalité et Évitement de l'Impôt: Une Comparaison Franco-Russe*, L'Harmattan, Paris 2003, s. 105.

haklara sahip olmaları konusu da bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır⁴¹. Bu yönüyle, Avrupa Birliği'ne üye ülkeler nezdinde “Avrupa Mükellefleri Bildirgesi”nin oluşturulması düşünülmektedir⁴². Özellikle, mükelleflere vergi idaresinin görüşü ve soruşturma aşamasındaki süreç ile ilgili bilgi verilmemesi, mükellef hakları açısından eleştirilmektedir.

B. Kuvvetler Ayrılığı Prensibine Aykırılık

Vergi incelemesi ve vergi konusunda uzman olan vergi polislerinin, bir adli polis gibi, arama, elkoyma, yetkilerinin olması “kuvvetler ayrılığı prensibine ters düştüğünü içeren görüşler bulunmaktadır⁴³. Vergi kaybı yaratan her kaçakçılık fiili, vergi idaresi tarafından değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, ceza hukuku anlamında suç oluşturan bir vergi kaçakçılığı fiilinin de ceza yargılaması sürecinde değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁴.

Her ne kadar, mali savcılar tarafından suçun soruşturulması vergi idaresinin suç duyurusunda bulunması şartına bağlanmış olsa da, vergi idaresinin gerçekleştirdiği olağan vergi incelemesinin, kaçakçılık suçunu oluşturmayan fiillerle vergi kaybı yaratılması ile sınırlandırılması, bir vergi suçu olan vergi kaçakçılığı suçunun unsurlarının ortaya konulmasında vergi idaresini devre dışı bırakmakta ve vergi idaresinin sorumluluğunu sınırlamaktadır⁴⁵.

C. Hukuka Aykırı Delil Etme İmkânının Yaratılması

Vergi kaçakçılığı suçunda vergi polisinin yetkilerinin genişliğinin yanı sıra, bazı Avrupa ülkelerinde delil elde etme ve bu delillerin yargılamada kullanılmasında “hukuka aykırı olarak delil elde edilmesi” sorunu ile karşılaşmıştır⁴⁶.

Örneğin Belçika’da Anvers Yüksek Mahkemesi, KBC Lüksemburg davasında, bir bankanın eski çalışanı tarafından gerçekleştirilen kaçakçılık

⁴¹ Bkz. *Philip P.*: Les Droits de la Défense Face au Contôle Fiscal, Economica 2. Édition, Paris 2005, s. 88.

⁴² Commission des Infractions Fiscales, Rapport 2013, s. 2.

⁴³ Extension de la Compétence ..., s. 24.

⁴⁴ L'impossible Création ... (Erişim tarihi: 23.01.2015).

⁴⁵ Rusya uygulaması için Bkz. *Leroy M.*: a.g.e., s. 105.

⁴⁶ Hukuka aykırı delil ve vergi hukuku ilişkisi için Bkz. *Petellier M.*: Les Normes du Droit Fiscal, Dalloz, Paris 2008, s. 495.

suçuna ait vergi idaresince elde edilen bilgileri dikkate almayı reddetmiştir. Almanya’da da, kuşkuyla bir şekilde elde edilen bilgilerin geçerliliği tartışılmaktadır⁴⁷.

Vergi polisinin yetkilerinin hukuka uygunluğu tartışmaları sürerken, bu kişilerin elde ettikleri delillerin hukuka uygunluğu da tartışmaları beraberinde getirmektedir.

D. Özel Hayatın Gizliliğinin İhlaline Yol Açması

Vergi polisinin, birçok ülkede geniş yetkilerinin (arama, el koyma vb.) yanı sıra, bilgisayar tespitleri ve telefon dinlemeleri, gözaltı yetkilerinin de bulunması, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediği hususunda da tartışmalara yol açmaktadır⁴⁸.

Vergi mükelleflerinin (iyi niyetli olsalar dahi) bir suç örgütü üyesinin tabi olduğu yaptırımlara maruz kalmaları, özel hayatın gizliliği prensibi açısından da tartışılmaktadır. Ayrıca, vergi polisinin mükelleflerin banka bilgilerine ulaşma yetkilerinin bulunması ve bu konudaki yasal düzenlemelerin eksikliği de “özel hayatın gizliliği” konusunda tartışmalara yol açmaktadır.

E. Gümrük, Maliye ve Yargı Organları Arasında Çatışma Yaratması

Vergi polisinin yetkilerinin ulusal, yerel ve Avrupa Birliği alanına yayılan tüm vergileri kapsamı; gümrük idaresi, vergi idaresi ve yargı organlarının görev ve yetki paylaşımında karmaşaya neden olmaktadır⁴⁹.

Her ne kadar bu uygulama özellikle KDV konusunda, vergi idaresi ve gümrük idaresi arasındaki bilgi paylaşımını arttırsa da, bu uygulamanın vergi idaresi – vergi polisi ilişkisinin güçlendirilmesi, gümrük idaresinin gümrük vergileri ile ilgili denetim ve kontrol mekanizmasını zayıflatığı yönünde görüşler bulunmaktadır⁵⁰.

⁴⁷ Commission des Infractions Fiscales, a.g.e., s. 2.

⁴⁸ Extension de la Compétence ..., s. 25.

⁴⁹ Extension de la Compétence ..., s. 24-25.

⁵⁰ Leroy M.: a.g.e., s. 105-106.

F. Vergiyi Ekonomik Değil Adli Bir Unsur Olarak Tanımlamaya Yol Açması

Vergi ile ilgili yaptırımların temel amacı, vergi kaybının önüne geçilmesidir. Adli bir vergi suçunu cezalandırmada amaç ise, vergi kaybının engellenmesinin yanı sıra, kamu düzeninin de sağlanması olacaktır⁵¹.

Adli yargılama süreci, vergi kaçakçılığı suçlarının doğal bir unsuru iken, ayrı bir adli polis müessesesi ile vergi kaçakçılığıyla mücadele etmek, “vergileştirmekten” ziyade “adlileştirmek” sonucunu doğuracak ve vergi mükelleflerinin haklarını ihlal edecek ve devlet hazinesine ilâve maliyet yükleyecektir⁵².

IV. TÜRKİYE’DE VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN DENETİMİNDE YETKİ KAVRAMI

A. Vergi İdaresinin Mükellefi Denetleme Yollarından Yoklamada Yetki

Yoklamanın amacı, mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve konuları araştırmak ve tespit etmektir (VUK md. 127). Yoklama, vergi dairesi müdürleri, yoklama memurları, yetkili makamlarca yoklama ile görevlendirilenler, vergi incelemesine yetkili olanlar ve gelir uzmanları tarafından yapılır (VUK md. 128).

Yoklama, maddi olayların şekli yapıları üzerine yoğunlaşmışken, diğer bir denetim yolu olan vergi incelemesinde amaç, vergilerin doğruluğunun tespitidir⁵³. İşte bu iki müessesenin amaçları arasındaki farklılık, yoklamayı vergi incelemesinden ayıran temel unsurdur⁵⁴.

VUK md. 127’de, yoklamaya yetkili memurların, vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili olarak yapacakları denetimler belirtilmiştir.

⁵¹ Chaabouni I.: La Protection des Personnes Soumises à des Contrôles Fiscaux et Financiers, L.G.D.J., Paris 2010, s. 2-3.

⁵² L'impossible Création ... (Erişim tarihi: 23.01.2015).

⁵³ Şenyüz D. – Yüce M. – Gerçek A.: Vergi Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2013, s. 147.

⁵⁴ Şenyüz D. – Yüce M. – Gerçek A.: a.g.e., s. 147.

Yoklama memurlarına verilen geniş yetkilerden özellikle ikisi tartışma konusu olmuştur⁵⁵. İlk yetki, yoklama memurlarının kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğu emare teşkil eden defter, belge ve delilleri tespit etmeleri durumunda, bunları alma (el koyma) yetkileridir⁵⁶.

İkinci yetki de, taşıma irsaliyesi, sevk irsaliyesi ve faturanın taşıtta bulunmaması halinde, bu belgelerin ibrazına kadar nakil araçlarını trafikten alıkoyma, taşınan malın sahibi belli değilse, tespitine kadar malı bekletme ve muhafaza altına alma hatta tasfiye etme (satma) yetkisidir⁵⁷.

Bu işlemlerin her ikisi de Ceza Usul Hukuku açısından birer el koyma (zapt) işlemidir⁵⁸. CMK’da, el koymaya karar verme yetkisi hâkime verilmiş, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılar da yetkili kılınmıştır⁵⁹. Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) md. 127/1 çerçevesinde savcıya dahi, sadece gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yetkinin, yoklama memurlarına verilmesinin Anayasa’ya aykırı olduğu konusunda tartışmalar bulunmaktadır⁶⁰.

B. Vergi İdaresinin Mükellefi Denetleme Yollarından Aramada Yetki

Arama VUK md. 142’de düzenlenmiştir. Buna göre; “İhbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla bir mükellefin vergi kaçırdığına dair emareler bulunursa, bu mükellefin veya kaçakçılıkla ilgisi görülen diğer kişiler nezdinde ve bunların üzerlerinde arama yapılabilir”. Arama; vergilendirme ile ilgili defter, kayıt ve belgelere ulaşmak için, mükelleflerin işyerlerinde, evlerinde ya da üzerlerinde delillerin toplanması için araştırma yapılmasıdır. Aramanın yapılabilmesi için; inceleme elemanının buna lüzum göstererek, gerekçeli bir yazı ile arama

⁵⁵ Oktar A.: Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2010, s. 201.

⁵⁶ Oktar A.: a.g.e., s. 201.

⁵⁷ Oktar A.: a.g.e., s. 201.

⁵⁸ Oktar A.: a.g.e., s. 202.

⁵⁹ Oktar A.: a.g.e., s. 202.

⁶⁰ Kaneti S.: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 166-167; Oktar A.: a.g.e., s. 202.

kararı vermeye yetkili sulh yargıcından arama yapılmasını istemesi ve sulh yargıcının istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi zorunludur (VUK md.142/2). Aramaya yetkili olanlar VUK md. 135'te sayılmıştır. VUK'un 142-147. maddelerinde aramalı inceleme ile ilgili yasal düzenlemeler yer almaktadır.

Aramada, vergi incelemeleri için ihtiyaç duyulan defter, kayıt ve belgelere, mükellefin rızası dışında el konulması mümkündür. Arama sonucunda el konulan defter, kayıt ve belgeler üzerindeki incelemeler en geç 3 ay içinde bitirilerek sahibine bir tutanakla geri verilir (VUK md. 145/1 ve 2).

Arama, esas itibarıyla idarenin mükellefin rızası dışında zorla bilgi edinme yoludur. Arama, vergi hukuku bakımından başlı başına bir denetim müessesesi olmayıp, vergi incelemesi sırasında, belli şartlar altında başvuru bir istisnai delil elde etme yoludur⁶¹. Aramada, mükelleflerin vergilendirme ile ilgili ödevlerini yerine getirip getirmediikleri ortaya konulmak için defter ve belgelere ulaşılması amaçlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle aramada amaç, mükellef tarafından gizlenen defter ve belgelere ulaşmaktır. Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen arama, mükellefin vergi kaçırdığına dair emareler bulunması durumunda, hâkim kararıyla uygulanabileceğinden CMK'da düzenlenen arama gibi bir adli aramadır.

Türkiye'de vergi hukukunda yer alan arama, vergi kaçakçılığını engellemeye yönelik olarak bir adli arama niteliğinde olmakla birlikte; defter, kayıt ve belgelere ulaşmak amacıyla sınırlı ve vergi incelemesini destekleyici bir uygulama niteliğindedir.

Aramada, vergi inceleme elemanlarının defter, kayıt ve belgelere el koyma yetkileri ise, sulh ceza yargıcının kararını destekleyici niteliktedir. Ancak, aramada, vergi inceleme elemanlarına bu yetkinin verilmiş olması, defter, kayıt ve belgelerle sınırlı olsa dahi, adli nitelik taşıdığından, yetki konusunda tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

⁶¹ Şenyüz D. – Yüce M. – Gerçek A.: a.g.e., s. 152.

SONUÇ

Vergi polisi müessesesinin ortaya çıkış nedeni, ulusal ve uluslararası boyutta vergi kaçakçılığı suçu ile suç gerçekleşmeden önce ve/veya sonra mücadele etmektir. Vergi polisi müessesesi ile kayıt dışı ekonomi, kara para aklama, vergi cennetleri ve off-shore bankalar ile mücadele etmek, vergi tahsilatında etkinlik sağlamak, yargı organları arasındaki etkileşimsizlikten kaynaklanan sorunları ortadan kaldırmak ve daha fazla vergi dosyasına ulaşma imkânı yaratmak suretiyle vergi kaçakçılığı ile mücadele etmek amaçlanmıştır.

Ancak, vergi incelemesi aşamasında adli yetkilerle donatılan vergi memurlarının bu yetkileri hukuki açıdan tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Farklı bir ifadeyle vergi polisi müessesesi, vergi inceleme elemanlarına verilen adli nitelikteki yetkiler nedeniyle tartışmalara yol açmıştır. Tartışmalar; mükellef haklarının ihlâli, kuvvetler ayrılığı prensibine aykırılık, hukuka aykırı delil etme imkânını yaratması, özel hayatın gizliliğini ihlâl, organlar arası çatışma yaratması ve vergiyi mali değil, adli bir unsur olarak tanımlamaya yol açması noktalarında yoğunlaşmaktadır.

Türkiye’de de, vergi idaresinin mükellefleri denetleme yollarından biri olan “yoklama” ve “arama” müesseselerinde, vergi inceleme elemanlarına tanınan yetkiler tartışılmaktadır. Yoklamada, yoklamayı gerçekleştirenlerin zapt ve tasfiye yetkileri ile aramada defter ve belgelere el koyma yetkileri, vergi polisi müessesesindeki gibi, vergi inceleme elemanlarının adli yetkilerine benzer özellik göstermektedir.

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN, Abdurrahman: Kamu Maliyesi, Gazi Kitabevi, Ankara 2011.
- ALAIN, Laurent – REICHMAN, Claude: Théories Contre l'Impôt, Les Belles Lettres, Paris 2009.
- ATANGA FONGUE, Roland: Contrôle Fiscal et Protection du Contribuable dans un Contexte d'Ajustement Structurel, L'Harmattan, Paris 2007.
- BOUVIER, Michel: Introduction au Droit Fiscal Général et à la Théorie de l'Impôt, 5. Édition, Paris 2003.
- BRURON, Jacques: Droit Pénal Fiscal, L.G.D.J., Paris 1993.
- Bulletin Officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, 15. Dec (Aralık) 2001 tarihli sirküleri.
- CHAABOUNI, Ismahen: La Protection des Personnes Soumises à des Contrôles Fiscaux et Financiers, L.G.D.J., Paris 2010.
- Commission des Infractions Fiscales, Rapport 2013.
- DEDEUWAERDER, Gilles: Théorie de l'Interprétation et Droit Fiscal, Dalloz, Paris 2010.
- Extension de la Compétence de la Police Fiscale au Blanchiment de Fraude Fiscale, Revue de Droit Fiscal, No:51-52, 19 Décembre 2013.
- Fransız Ceza Muhakemeleri Kanunu (Code de Procédure Pénale) <http://www.masak.gov.tr/tr/content/aklama-yontemleri/59> (Erişim tarihi: 24.01.2015).
- KANETİ, Selim: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- L'impossible Création d'une Véritable Police Fiscale, <http://www.ifrap.org/Police-fiscale-quelle-necessite-contre-la-fraude,1350.html> (Erişim tarihi: 23.01.2015).
- LEROY, Marc: Fiscalité et Évitement de l'Impôt: Une Comparaison Franco-Russe, L'Harmattan, Paris 2003.

- Les Polices Fiscales, Regards Croisées sur les Moyens de Lutte Contre la Fraude Fiscale, <http://www.2isf.org/les-polices-fiscales/> (Erişim tarihi: 25.01.2015).
- Les Services de l'Etat et la Lutte Contre la Fraude Fiscale Internationale, 1. Auot 2013, Cour des Comptes, Bulletin No: 67603.
- LOPEZ, Christian: Droit Pénal Fiscal, L.G.D.J., Broché, Paris 2012.
- Lumières sur les Économies Souterraines (Auteurs Collectifs), Tomes14, Edition la Découverte, Paris 2014.
- Lutte Contre la Fraude Fiscale et la Grande Délinquance Économique et Financière: La Loi Publiée au Journal Officiel, Clifford Chance, Client Briefing, http://www.cliffordchance.com/briefings/2013/12/lutte_contre_la_fraudefiscaleetlagrand.html (Erişim tarihi: 22.01.2015).
- OECD Rapport, “Rapport sur la Fraude Fiscale de l’OCDE”, No: 34, Paris 1987.
- OKTAR, Ateş: Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2010.
- ÖZ, Semih: Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005.
- PESTIEAU, Pierre: L'économie Souterraine, Hahette, Paris 1989.
- PETELLIER, Marc: Les Normes du Droit Fiscal, Dalloz, Paris 2008.
- PHILIP, Patrick: Les Droits de la Défense Face au Contôle Fiscal, Economica 2. Édition, Paris 2005.
- ŞENYÜZ, Doğan – YÜCE, Mehmet – GERÇEK, Adnan: Vergi Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2013.
- Théories Contre l'Impôt, Les Belles Lettres, Paris 2010.
- YILDIZ, Habib: Küreselleşmenin Vergileme Üzerine Etkileri ve Türkiye Açısından bir Değerlendirme, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

BAKANLAR KURULUNUN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ VE KARAR ALMA USULÜ

Yrd. Doç.Dr. Alptekin AKTALAY*

ÖZET

Türkiye’deki Rasyonelleştirilmiş Parlamenter sistemde yürütme yetkisi esas olarak Bakanlar Kurulu’ndadır. Bakanlar Kurulu KHK, Tüzük, Yönetmelik, Karar ve Kararname isimleri altında düzenleyici idari işlemler yapmaktadır. Bu işlemler sayısal olarak oldukça çok, işlevsel olarak son derece etkilidir. Ancak, 2003 yılına gelinceye kadar merkezi idarenin genel karar olağanı olan Bakanlar Kurulu’nun karar alma usulünü düzenleyen herhangi bir düzenleyici işlem bulunmamaktaydı. 2003 yılında yapılan düzenleme ise gündemi oldukça yoğun olan Bakanlar Kurulu’nun etkin ve kaliteli karar vermesine imkan tanıyacak şekilde düzenlenmemiştir. Bakanlar Kurulu Sekreterliği örgütsel ve işlevsel anlamda yeniden düzenlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Bakanlar Kurulu, Bakanlar Kurulu Sekreterliği, Düzenleyici İdari İşlemler, Karar Alma Usulü, KHK, Tüzük, Yönetmelik, Karar ve Kararname.

REGULATORY PROCESS AND DECISION-MAKING PROCEDURE OF THE COUNCIL OF MINISTERS

ABSTRACT

The Council of The Ministers has the executive power at rationalized parliamentary system which is valid (current) in Turkey. The Council of The Ministers makes regulatory administrative acts under the names of decree-law, statute,

* Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

regulation, judgement and decree. These proceedings are quite a lot numerical and extremely effective functionaly. However, there is no any regulative proceeding that regulates decision-making method of the Council of The Ministers which is decision-making body (agency) of the Central Government until the year 2003 The regulation, which was made in 2003, did not regulate as enable to the council of the ministers, which is have quite intensive agenda, to take effective and high quality decisions. The secratary of the council of ministers must was not organized to eneable re-organized from an organizational and functional point of view.

Keyword: The Council Of Ministers, , Secretariat Of The Council Of Ministers, Regulatory Administrative Acts, Decision-Making Procedure, Decree-law, Statute, Regulation, Judgement and Decree

1. Giriş

Türkiye Cumhuriyeti Devleti yasama, yürütme ve yargı erklerinden oluşmaktadır. 1982 Anayasası'nın 123/1. maddesinde “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*” ifadesi yer almaktadır. Anayasadaki bu ifade hukuk devletinin önemli gereklerinden biri olan “Kanuni İdare İlkesi”nin Anayasa’ya yansımasıdır. İdarenin kuruluş ve teşkilatlanmasında asli düzenleme yetkisi Yasama organına aittir. Yasama organı Anayasa’ya aykırı olmamak şartıyla gerek idarenin kuruluşuna gerekse fonksiyonlarına ilişkin her türlü düzenlemeyi yapmakta serbesttir.

İdare, Yasama organının yaptığı düzenlemeler ve Anayasal sınırlar içinde kalmak şartıyla görevli ve yetkili kılındığı konularda işlem ve eylem yapabilecektir. Günümüzde Bakanlar Kurulu yasama gündemini belirleme konusunda birincil düzeyde etkili olan bir konumdadır. Bakanlar Kurulu, hükümet politikalarını ve programlarını yerine getirebilmek için kanun tasarıları hazırlar. Yasama organının çalışmaları büyük oranda bu tasarıların

görüştürmesinden oluşur. Bu sebeple de Bakanlar Kurulu'nun dolaylı da olsa Yasama organı üzerinde yönlendirici bir etkisi bulunmaktadır¹. Bu sebeple de, Bakanlar Kurulu ağırlıklı olarak Anayasa ve kanunların kendisine verdiği diğer görevleri yerine getirmektedir. Verilen görevler incelendiğinde sayısal olarak ve içerik olarak oldukça kapsamlı ve devletin işleyişini ve etkinliğini doğrudan etkileyecek niteliklerle donatılmış olduğu görülmektedir. Kanun tasarısı hazırlamanın yanı sıra, ikincil nitelikte düzenleyici işlemlerden olan KHK, Tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemleri yapmakla yetkili ve görevlidir. Bakanlar Kurulu kararları diğer düzenleyici işlemler içerisinde yer almakta, uygulamada geniş yer tutmakta ve idarenin işleyişini önemli oranda etkilemektedir. Bu durum, Bakanlar Kurulu'nun idari alanda sahip olduğu “genel düzenleme yetkisi”yle paralellik göstermektedir. Zira, Bakanlar Kurulu merkezi idarenin tek ve en yüksek karar organıdır.² Bakanlar Kurulunun görevlerinin sayısal olarak çokluğu düşünüldüğünde karar alma süreçlerinin sağlıklı işletilmesi idarenin düzenli işleyişi açısından hayati önem taşımaktadır. Bu nedenle, karar alma süreçleri bakımından Bakanlar Kurulunun Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük, Yönetmelik, karar ve kararnamelerinin karar alma süreçlerinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

2. Bakanlar Kurulunun Yapısı ve Görevleri

Bakanlar Kurulu idari açıdan ³“*en başta Tüzük çıkarmak gibi “düzenleyici nitelikte” idari işlemler tesis eden merkezi idare organı ve makamı konumundadır.*” ⁴“*Yürütme işlemi, yürütme organının belli bir sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamasıdır.*”

¹ Teziç E., Anayasa Hukuku, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2009, s. 381.

² Gözler K., Kaplan G., İdare Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2012, s.109.

³ Ayanoğlu T., “İdare Hukuku Çerçevesinde ‘Devlet Bakanlığı’ Uygulaması”, Amme İdaresi Dergisi, C: 38, S: 4, 2005, s. 66.

⁴ Gözler K., Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s.621.

Parlamentar sistemde asıl icra yetkisi Bakanlar Kurulu'na aittir. Ülkenin genel siyasetini belirleme ve yürütme alanında “genel yetki”ye sahip olan Bakanlar Kurulu Başbakan, başbakan yardımcıları ve bakanlardan oluşur.

1982 Anayasasının 112. maddesi Bakanlar Kurulu'nun görevinin Başbakanla birlikte ülkenin “....*genel siyasetinin yürütülmesi*” olduğunu belirtmektedir. Genel siyaset ifadesi ülkenin iç ve dış siyasetinin belirlenmesi ve bu doğrultuda ülkeyi yönetmek anlamına gelmektedir. Belirtilen çerçevede içerisinde ve yürütme erkini kullanma bağlamında Başbakan ve bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulu merkezi idare teşkilatının en yüksek “*genel karar organı*”dır.

1982 Anayasası'nın 8. maddesi, Bakanlar Kurulu tarafından *yürütme yetkisi ve görevini kullanırken*;

1. Anayasa ile bağlı olduğu,
2. Bunların kanunlara uygun şekilde yerine getirmesi gerektiği,

belirterek, verilen yetkinin sınırlarını düzenlemiştir. Dolayısıyla, Bakanlar Kurulu, Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak şartıyla istediği alanda ve istediği konuda *düzenleme yapma ve karar alma* yetkisine sahiptir.

Bakanlar Kurulu'na Anayasa ile açıkça verilen yetkileri şunlardır⁵;

1. *Kanun tasarısı hazırlamak, (1982 Anayasası, m.88)*
2. *Kanun hükmünde kararname çıkarmak, (1982 Anayasası, m.91,121)*
3. *Tüzük çıkarmak, (1982 Anayasası, m.115)*

⁵ *Akyılmaz B., Sezginer M, Kaya C., Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.242, 244. (Bakanlar Kurulu'nun görevleri ile ilgili geniş bilgi için bkz.)*

4. *Bütçeyi ve kesin hesap kanun tasarılarını hazırlamak ve TBMM'ye sunmak, (1982 Anayasası, m.162,164)*
5. *Olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilan etmek, (1982 Anayasası, m.119,120,122)*
6. *Milli güvenliği sağlamak, (1982 Anayasası, m.117)*
7. *Silahlı kuvvetleri yurt savunmasına hazırlamak, (1982 Anayasası, m.117)*
8. *Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda MGK'nın alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararları değerlendirmek,(1982 Anayasası, m.118/3)*
9. *Genel Kurmay Başkanı seçmek, (1982 Anayasası, m.112.)*
10. *Mahalli idare birliklerinin kurulmasına izin vermek, (1982 Anayasası, m.127)*
11. *YÖK üyelerinin bir kısmını seçmek, (1982 Anayasası, m.131)*
12. *Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak, (1982 Anayasası, m.73/3)*
13. *Meclisin onay vermesi şartıyla bir milletvekiline belli bir konuda ve altı ayı aşmamak üzere geçici görev vermek (1982 Anayasası, m.82/2)*

Bakanlar Kurulu'nun görev ve yetkileri, tek tek Bakanlıkların ve Başbakanlığın yetkilerinin sayılması gibi kanunla sayılmamıştır. Bakanlar Kurulu'nun görev ve yetkileri, Anayasa ve çeşitli kanunlarda dağınık bir şekilde düzenlenmiştir. Bakanlar Kurulu'na kanunlarla verilen yetkilerin sayısal olarak oldukça fazla olduğu görülmektedir. Bunlardan bazıları şunlardır;

1. *Bir alanın milli park olarak belirlenmesine karar vermek (2873 sayılı Kanun m.3/1)*
2. *Üniversitelere bağlı olarak fakülte, enstitü ve yüksekokul kurmak, bu birimlerle ilgili olarak birleştirme, kapatma, bağlantı ve isim değişikliği yapmak (2809 sayılı Kanun Ek m. 309)*
3. *Milletlerarası antlaşmaların onaylanması, bunlara katılma, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir Milletlerarası Antlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe kolnulması için gerekli bildirileri yapma, Milletlerarası Antlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye (244 sayılı Kanun m.3)*
4. *Yeni köyler kurmak (3083 sayılı Kanun)*
5. *Bazı yerlerde arazi toplulaştırması yapmak (5403 sayılı Kanun m.17)*
6. *Bazı bölgeleri teknoloji geliştirme bölgesi olarak tespit etmek (4691 sayılı Kanun m.4)*
7. *Bazı kişilerin Türk vatandaşlığına alınmasına karar vermek (5543 sayılı Kanun m.8/4)*
8. *Bazı taşınmazların idarece acele kamulaştırılmasına karar vermek (2942 sayılı Kanun m.27)*
9. *Bazı alanları yenileme alanı olarak belirlemek (5366 sayılı Kanun m.2)*
10. *Türkiye’de eğitimi ve öğretimi yapılacak yabancı dilleri tespit etmek (2923 sayılı Kanun m. 2/c)*
11. *Bazı alanları turizm merkezi olarak ilan etmek (2634 sayılı Kanun m.3)...*

Bakanlar Kurulu'nun yukarıda kanunlarla verilen görevlerinin yanında çok sayıda atama görevini yerine getirmesi de gerekmektedir. Bunlardan bir kısmı aşağıda belirtilmiştir.

1. *Valileri, Büyükelçileri, Daimi Temsilcileri, Daimi Delegeleri, Diyanet İşleri Başkanını ve Yüksek Din Kurulu Üyelerini, Türkiye İstatistik Kurumu Başkanını (2451 sayılı Kanun)*
2. *Türkiye Radyo Televizyon Kurumu Genel Müdürünü (2954 sayılı Kanun m.13)*
3. *Kamu Görevlileri Etik Kurulu Başkanı ve Üyelerini (5176 sayılı Kanun m.2)*
4. *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Başkan ve Üyelerini (5411 sayılı Kanun m.84)*
5. *Rekabet Kurulu Başkan ve Üyelerini (4054 sayılı Kanun m.22)*
6. *Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurulu Başkan ve Üyelerini (4733 sayılı Kanun m.2)*
7. *Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Üyelerini (4982 sayılı Kanun m.14)*
8. *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Başkan ve Üyelerini (2813 sayılı Kanun m.8)*
9. *Kamu İhale Kurul Başkan ve Üyelerini (4734 sayılı Kanun m.53)*
10. *Sermaye Piyasası Kurulu Başkan ve Üyeleri (2499 sayılı Kanun m.18)*
11. *İç Denetim Koordinasyon Kurulu Başkan ve Üyelerini (5018 sayılı Kanun m.66)...*

3. Bakanlar Kurulunun Düzenleyici İşlemleri

Bakanlar Kurulu'nun çok sayıda düzenleyici işlemi bulunmaktadır. Bunlar üzerinde literatürde oldukça önemli miktarda yayın ve tartışma bulunmaktadır. Burada, ayrıntıya

girmeden genel hatlarıyla yetkisi dâhilinde olan düzenleyici işlemler hakkında bilgi verilerek karar alma usulü değerlendirilecektir.

3.1. Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri

1961 Anayasası'na 1971 değişiklikleriyle giren KHK, 1982 Anayasasında varlığını düzenleme alanını genişletmek suretiyle muhafaza etmiştir⁶. Olağan dönem KHK'larını çıkarma yetkisi sadece Bakanlar Kurulu'ndadır. Ancak, bu yetkinin kullanılabilmesi TBMM'nin çıkaracağı bir yetki kanunuyla mümkün olmaktadır. 1982 Anayasası'nın 91/2. fıkrası uyarınca çıkarılacak yetki kanununda, KHK'nın amacı, kapsamı, ilkeleri, kullanma süresi, Yetki Kanunu'nun kullanma süresi içerisinde birden fazla KHK çıkarılıp çıkarılamayacağı hususlarının düzenlenmesi zorunludur.

Olağan dönem KHK'larına Anayasa'da yer verilmesi pratik ihtiyaçlardan kaynaklanmaktadır. Anayasa'da verilen bu yetkinin amacının dışına çıkılarak Yasama organının düzenleme alanında sahip olduğu asli yetkiyi gölgede bırakacak şekilde kullanılmaması gereklidir. Parlamentoda ezici çoğunluğa sahip olunan durumlarda parlamentonun denetim fonksiyonunun etkin şekilde kullanılmasında yaşanan güçlüklerle birlikte değerlendirildiğinde konunun önemi daha çok anlaşılabacaktır.

3.2. Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri

Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri nitelik itibariyle olağan dönem KHK'lardan farklı değildir. Usulüne uygun şekilde çıkarılan Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri ile olağan dönem KHK'ları uygulama açısından aynı düzeyde olan normlardır. Ancak, gerek çıkarılmasında gerekse çıkarıldıktan sonra uygulanma ve

⁶ *Akılmaz, Sezginer, Kaya*, a.g.e., s. 59. ; *Günday M.*, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.103.

denetiminde bazı farklılıklar bulunmaktadır. Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin uygulandığı bölge ve zaman itibariyle olağan dönem KHK'larına göre daha etkin olduklarını söyleyebiliriz. Sıkıyönetim KHK'ları konu bakımından sert çekirdekli haklar dışındaki tüm hak ve özgürlükleri düzenleyebilir ve Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla Anayasa Mahkemesine götürülme imkanı söz konusu değildir⁷.

3.3. Tüzükler

İdarenin klasik düzenleyici işlemlerinin başında Tüzükler gelmektedir⁸. 1982 Anayasası'nın 115. maddesi Tüzükleri düzenlemektedir. İlgili madde; *“Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelenmesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir. Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.”* hükümlerini içermektedir. 115. maddeden de açıkça anlaşıldığı gibi Tüzük çıkarma yetkisi sadece Bakanlar Kuruluna aittir. Cumhurbaşkanlığının Tüzük çıkarma yetkisi yoktur. Ayrıca, başbakanlık ve bakanlıkların da tüzük çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Ancak, Cumhurbaşkanı bütün Bakanlar Kurulu işlemlerini imzaladığı gibi Tüzükleri de imzalamaktadır. Tüzük çıkarma yetkisi Anayasal düzenleme nedeniyle Bakanlar Kuruluna ait olmak birlikte Bakanlar Kurulunun hazırladığı tüzük tasarısını Danıştay'ın incelemesinden geçirme zorunluluğu vardır. 2575 sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca Danıştay'ın kendisine gönderilen tüzük tasarılarını *iki ay* içerisinde inceleyerek Bakanlar Kurulu'na iadesi gereklidir.

⁷ 1982 Anayasası m.122,148.

⁸ Tan T., İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 73.

3.4. Yönetmelikler

Bakanlar Kurulu daha önce de belirtildiği gibi düzenleyici işlem yapma konusunda *genel bir yetkiye* sahiptir. 1982 Anayasası'nın 124. maddesinde yönetmelikler;

“Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.

Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

3.4.1.Yönetmelik Çıkarma Yetkisi ve Yönetmelik Çıkarma Usulü

1982 Anayasası'na göre yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olanlar sayma yoluyla belirtilmiştir. 124. maddeye bakıldığında bunlar “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri”dir. Görüldüğü gibi 1982 Anayasasında yönetmelik çıkaracaklar içerisinde Bakanlar Kurulu yer almamaktadır. Uygulamada Bakanlar Kurulu, bakanlıkların yönetmelik çıkarabilmesinden hareketle⁹ yönetmelik çıkarabilmektedir. Ancak, yönetmelikler Bakanlar Kurulu kararı gibi çıkarıldığından Cumhurbaşkanı tarafından da imzalanması gerekmektedir. Anayasa'da sadece bakanlara tanınan yönetmelik çıkarma yetkisinin Bakanlar Kurulu kararı şeklinde çıkarılarak sürecin içerisine Cumhurbaşkanı'nın dâhil edilmesi yetki kuralının ve bakanın tek başına sorumluluğu ilkesini zedeleyeceğinden dolayı eleştirilmektedir¹⁰. Buna karşılık devletin de tüzel kişiliğinin olduğu gerçeğinden hareketle merkezi idarenin genel karar organının Bakanlar Kurulu olduğu düşünülürse Bakanlar Kurulu'nun devlet tüzel kişiliği adına yönetmelik

⁹ AYM, 23-25 Ekim 1969 tarih ve K.1969/57 sayılı Kararı; Anayasa Mahkemesi Web Sitesi, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0f0cdae2-2409-4c29-b040-fc7265add967?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (22.10.2014).

¹⁰ Duran L., İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 40.

çıkarabileceği sonucuna varılabilir görüşü ileri sürülmüştür¹¹. Yasama faaliyetine nispeten ikincil nitelikte olan Bakanlar Kurulu'nun Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük, Yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisi kapsamında kendilerinden önce gelen ve üstte olduğu için bağlayıcı nitelikte bulunan normlara da aykırı olmaması gerekir. Yönetmeliği yapan makamın idari makamın hiyerarşi içerisindeki yerine göre çıkarılan yönetmelikler arasında hiyerarşik bir ilişki vardır. İki farklı makam arasında hiyerarşik bir ilişki varsa çıkardıkları yönetmelikler arasında da hiyerarşi vardır¹². Normlar hiyerarşisi içerisinde Bakanlar Kurulu yönetmelikleri, bir veya birden fazla bakanlığın birlikte çıkardığı yönetmeliklerden ve tüzel kişilik sahibi olan kamu kurumlarının yönetmeliklerinden üstün konumdadır¹³. Bakanlar Kurulu yönetmeliklerinin denetimi ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da yapılır¹⁴.

3.5. Kalkınma Planları ve Yıllık Planlar

3067 sayılı Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğün Korunması Hakkında Kanunun 1. maddesi gereğince *“Kalkınma Planları Devlet Planlama Teşkilatı tarafından kendi Kuruluş ve Görevleri hakkındaki mevzuata göre hazırlanarak Bakanlar Kurulunca kabul edilip, Bakanlar Kurulu üyelerince imzalandıktan sonra, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce onaylanmak üzere Başbakanlık tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulur.”* 1982 Anayasası'nın 166/2 fıkrası uyarınca devlet tarafından yapılacak kalkınma planıyla, *“... milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların*

¹¹ Gözler, Kaplan, a.g.e. , s. 440.

¹² Gözler, Kaplan, a.g.e. , s. 445.

¹³ Sancakdar O., İdare Hukuku, Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 80.

¹⁴ Danıştay Kanunu m. 24/1.a.

verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir.” Yıllık programlar, kalkınma planlarını yıllık olarak hayata geçirmek için yapılmaktadır¹⁵. “Her yıl kalkınma planlarının bir bölümü, yatırımların niteliği, bütçe olanakları ve teknik öncelikler dikkate alınarak uygulamaya konulur.”

Anayasa Mahkemesi yıllık programları tüzük ve yönetmelikler gibi yürütmenin düzenleyici işlemleri içerisinde değerlendirmektedir¹⁶. Danıştay kararlarında ise “düzenleyici, icrai, idari bir tasarruf” olarak nitelendirilmektedir¹⁷. Ancak, başka bir kararında iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir şeklinde karar vermiştir¹⁸.

4. Bakanlar Kurulu Kararları ve Karar Alma Usulü

Bakanlar Kurulu daha önce de belirtildiği gibi idare alanında “genel karar organı”dır. Bakanlar Kurulu, idari alanda sahip olduğu genel karar yetkisini “*kanuna dayanmak*” ve “*Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak*” kaydıyla gerekli gördüğü her alanda ve içerikte kullanmakta serbesttir¹⁹. Bakanlar Kurulu tarafından, yasa ile yetki verilen hallerde takdir yetkisi çerçevesinde düzenleyici işlem yapılabilir. Kullanılan yetki tali niteliktedir. Asli yetki yasama organına aittir. Bakanlar Kurulu tarafından yasama yetkisi ve buna müdahale niteliği taşıyacak şekilde düzenleme yetkisi kullanılması mümkün değildir²⁰. Danıştay vermiş olduğu bir

¹⁵ Yayla Y., İdare Hukuku, Beta, İstanbul, 2009, s.159.

¹⁶ AYM., 23-25, 10,1969, E.1967/41, K.1969/57, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı: 8, s.18. , http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_derigisi/kd_08.pdf , (22.10.2014)

¹⁷ Dan. DDK. , 4.5.1971 tarih, E. 970/1004, K. 971/608. ; Danıştay Dergisi, Sayı: 5, s. 132. ; Tan., a.g.e. , s. 83’ten alıntıdır.

¹⁸ Dan. DDK. , 7.12.1973 tarih, E. 972/194, K. 973/716. , Amme İdaresi Dergisi, Sayı: 5., s. 190. Tan., a.g.e., s.83’ten alıntıdır.

¹⁹ Gözler, Kaplan, a.g.e., s.138.

²⁰ Dan. 8. Dairesi, 03.09.2003 tarih ve E. 2003/3793, Danıştay Kararları Dergisi. , 2004, Sayı: 3., s. 251.

kararda²¹, *kanunlardan almış olduğu yetkiye dayanmak suretiyle* Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle düzenleme yapabileceğini belirtmiştir. Bakanlar Kurulu, Başbakanın başkanlığında toplanarak oy birliğiyle karar verir. Bununla birlikte Bakanlar Kurulu, istemesi ve önem arzeden konular olması halinde Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında da toplanabilir²².

KHK'ları dışarıda bırakırsak iki tür Kararname vardır. Bunlar, müşterek kararname ve Bakanlar Kurulu Kararnamesidir. Bakanlar Kurulu Kararnamesi Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılır ve Başbakan, başbakan yardımcıları, bakanlar ve Cumhurbaşkanı tarafından imzalanır²³. Müşterek Kararnameler ise ilgili bakanın, Başbakanın ve Cumhurbaşkanı'nın imzalarının bulunduğu kararnamelerdir. Bakanın bulunmaması halinde kararnamede Başbakan ve Cumhurbaşkanı'nın imzası bulunur. Koalisyon hükümetleri zamanında ise bazı atamalara ilişkin kararnamelerin diğer ortaklara mensup başbakan yardımcıları tarafından da imzalanması öngörülmektedir²⁴.

Bakanlar Kurulu Kararnameleri'nin yönetmelikleri bağlayacak şekilde ya da yönetmeliklerin Bakanlar Kurulu Kararlarına atıf yapan içerikte olduğu da vakidir. Bazen de yönetmeliklerin uygulanmasına ilişkin kararnameler çıkarılabilmektedir²⁵. Bu nedenle Bakanlar Kurulu Kararnameleri normlar hiyerarşisinde Bakanlıkların yaptığı yönetmeliklerin üzerinde yer almaktadır²⁶.

Bakanlar Kurulu kararlarıyla yapılan düzenlemelerin, Bakanlar Kurulu'nun yürütme konusunda sahip olduğu “*genel*

²¹ Dan. DDK, 22.12.1972, E. 972/267, K. 972/1089 sayılı karar. ; *Tan T.*, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 82.

²² *Tan*, a.g.e. , s.128.

²³ *Gözler*, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 576. ; *Gözler, Kaplan*, a.g.e. , s.130.

²⁴ *Gözler, Kaplan*, a.g.e., s. 131.

²⁵ *Yayla*, a.g.e., s.156.

²⁶ *Akyılmaz, Sezginer, Kaya*, a.g.e. , s. 72.

yetki” nedeniyle eşyanın tabiatından kaynaklanan sebeplerle her zaman kanuna dayanması mümkün olmayabilir. “*Kanun koyucunun her şeyi düzenlemesinin imkânsızlığı, kamu hizmetlerinin iyi işlenmesi ihtiyacı, kamu düzeninin sağlanması ihtiyacı ve takdir yetkisinin objektifleştirilmesi ihtiyacı*” ndan dolayı yapılan her işlemin alınan her kararın kanuna dayanması şartı aranmamalıdır. Bakanlar Kurulu’nun *karar alırken* kanuna dayanması ve kanunla düzenleme yapılmayan alanda genel düzenleme yetkisine dayanarak işlem yapamaması gerektiğini belirtilen görüşler doktrinde ve yargı kararlarında yer almaktadır. Gerekçe olarak da, yasama yetkisinin düzenleme yapma konusunda ilk-el (asli) nitelikte yetkiye sahip olması ve yürütmenin kanunla düzenleme yapılmayan bir alanda düzenleme yapma yetkisinin ikincil nitelikte olması nedeniyle mümkün olamayacağı ileri sürülmektedir²⁷. Ancak, Anayasa’daki düzenlemeye bakıldığında “ *...Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*” ifadesinin lafzi olarak yorumlanması halinde yürütme organına Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak şartıyla işlem yapma hakkı verdiği görülecektir.

Bakanlar Kurulu Kararları yönetmelik olarak isimlendirilmese bile Anayasa Mahkemesi²⁸ kararlarında belirtildiği

²⁷ Konuya ilişkin örnekler için Bknz, *Gözler*, İdare Hukuku I (İkinci Baskı), s. 1158.; Dan. 8. Dairesi, 03.10.2002 tarih E. 2001/337, K. 2002/3092, Danıştay Dergisi, Sayı: 1, 2003, s. 261 vd.

²⁸ AYM, 28.03.1968 tarih, E. 1963/4, K. 1963/71, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 1, s. 165. ; (s.161-181)., http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_01.pdf, (22.10.2014)., AYM, 18.07.1994 tarih ve E. 1994/46, K. 1994/57, Anayasa Mahkemesi Web Sitesi, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/87fa17cd-e3ea-4db6-b561-c2dee0bc7193?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (22.10.2014), “Yürütme organı ve idare değişik isimler altında düzenleme yapmakta; ve uygulamada tüzük, “*kararname*”, yönetmelik, talimat, yönerge, genelge, sirküleri, “*karar*”, tebliğ gibi isimler altında idari düzenlemeler görülmektedir, bu düzenlemelerin ismi ne olursa olsun tüzük ve yönetmeliklerin biçimsel özellikleri saklı kalmak kaydıyla bütün idari düzenlemelerin Anayasal ve hukuki temelleri aynıdır.”

gibi hukuki niteliği yönetmeliklerle aynıdır. Yani yönetmeliğin tabi olduğu hukuki rejime tabidir. Mahkemenin kararlarında sayılan düzenleyici işlemlerden Anayasa’da yer almayanlar “adsız düzenleyici işlemler” olarak adlandırılmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararında şekil şartları saklı kalmak kaydıyla tüzük ve yönetmeliklerle hukuki temellerinin aynı olduğu belirtilmiş olmakla birlikte adsız düzenleyici işlemlerin yönetmeliklerle aynı hukuki rejime tabi tutulmaları daha doğru olacaktır. Şekil şartlarının yönetmeliklerde daha az olması, Danıştay incelemesinden geçirilme şartının olmaması (...) ve hepsi için Resmi Gazete’de yayımlanma zorunluluğunun bulunmaması nedenlerin de dolayı yönetmeliğin hukuki rejimine tabi olmaları daha uygun görülmektedir²⁹. Belirtilen nedenlerden dolayı 2009 yılından beri Bakanlar Kurulu Tüzük çıkarmamıştır³⁰.

Ülke yönetiminde esas iradenin ve düzenleme yapma yetkisinin TBMM’de olduğu yönündeki genel kabulden kaynaklanan yorumlar demokrasi teorisi açısından yerinde olmakla birlikte, Anayasa’daki düzenlemenin Bakanlar Kurulu’na düzenleyici işlem yaparken “*Anayasa ve kanunlara uygun olmak*” şartıyla verdiği ikincil düzeyde “*genel düzenleme yetkisinden*” hareketle gerektiğinde işlem yapma ve karar alma yetkisinin olduğunu söylemek mümkün olacaktır. Bu yorum, 1982 Anayasası’nın sözü ve ruhuna daha uygundur. 1982 Anayasası’nın 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan; “*...Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır....*” ifadesi ile birlikte değerlendirildiğinde yürütme yetkisinin Anayasa ile Bakanlar Kurulu ve Cumhurbaşkanı’na verildiği görülmektedir. Bakanlar Kurulu, Anayasa ve kanunlara *uygun olmak* şartıyla düzenleme yapılmak istenen alanda Anayasal

²⁹ Gözler, Kaplan, a.g.e., s.444.

³⁰ Bknz., Başbakanlık Mevzuat Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Mevzuat Bilgi Sistemi, e-mevzuat, <http://www.mevzuat.gov.tr/Tuzukler.aspx>, (04.01.2012.), 2005-2009 Yılları arasında ise altı Tüzük çıkarılmıştır.

ve kanuni bir engel bulunmadığı takdirde tasarrufta bulunabilir. Çünkü, Anayasa'nın ve *“kanunların her şeyi düzenlemesinin imkansızlığı”* ortadadır. Ayrıca, düzenleme yapılan alanlarda yaşanan yeni gelişmeler nedeniyle kısa süre içerisinde yapılan düzenlemelerin yetersiz kalması gerçeğiyle de uygulamada karşılaşılabilmektedir. Ayrıca, yöneticilerin görev ve sorumluluk alanları içerisinde yer alan konularda *etkin ve verimli* bir yönetim sergileyebilmeleri ve *“kamu hizmetinin iyi yürütülebilmesi”* için yeni tedbirler alma ve düzenlemeler yapma zorunluluğu ortaya çıkabilir. Yapılan düzenlemelerin sorumluluk alanlarıyla ilgili olması gerekmektedir³¹.

Belirtilen konuda, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile bakan ve üst yöneticilere sorumluluk yüklenmiştir. Yüklenen sorumluluk beraberinde pek doğaldır ki sorumlu olunan hizmet alanına ilişkin olarak düzenleyici ve bireysel işlemler yapmayı gerektirecektir. Aksini düşünmek idarenin varlık amacına ters düşer. 5018 sayılı Kanunun 1, 2, 10 ve 11. maddelerinde kanunun amacı, bakanlar ve üst yöneticilerin hesap verme sorumlulukları düzenlenmiştir. İlgili maddelerde, idarenin yetkilerini kullanmak durumunda bulunan kişilerin sorumluluk alanları oldukça genişlemiş bulunmaktadır. Bu durumun doğal sonucu olarak sorumlu olunan alanla ilgili hizmetlerin iyi işletilebilmesi ve hesap verme sorumluluğunun gereği gibi yerine getirilmesi, ilgili alanda düzenleme yapmayı zorunlu kılmaktadır. Yani, eşyanın tabiatı gereği idare düzenleyici işlemler yapmak zorunda kalmaktadır.

5018 sayılı Kanun'un 1, 2, 10 ve 11. maddelerinde yer alan *hükümet politikaları ve programları, kalkınma ve uygulama planları* kanunun lafzından da anlaşıldığı gibi kamu kesimini

³¹ Gözler, İdare Hukuku I (İkinci Baskı), s. 1159.

bağlamaktadır³². Anayasal ve kanuni dayanakları olan bu düzenlemelerin içeriğine ilişkin olarak takdir büyük oranda Bakanlar Kurulu'ndadır. Kaldırılmadan önce³³, DPT tarafından Hükümet Programları doğrultusunda hazırlanan ve Bakanlar Kurulu tarafından Parlamente'ye sunulmak suretiyle onaylanan Kalkınma planları ve bunlara göre hazırlanan yıllık programlar doğrultusunda idare pek çok uygulamanın hayata geçirilmesi sorumluluğunu yüklenmiş olur. Yüklenilen sorumlulukların yerine getirilmesi için yukarıda belirtildiği gibi pek çok düzenleyici işlemin yapılması gereklidir. Yapılacak düzenleyici işlemler idarenin sahip olduğu takdir yetkisinin objektifleştirilmesi amacına ve dolayısıyla işlemlerin eşitlik ilkesine uygun nitelikte yapılmasına katkı sağlayacaktır.

4.1. Bakanlar Kurulunun Karar Verme Usulüne İlişkin Esaslar

Bakanlar Kurulu işlemleri, Bakanlar Kurulu'nda görüşülmek suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bakanlar Kurulu'nun üyeleri içerisinde yer alan Başbakan kararların alınmasında belirleyici konuma sahiptir. Başbakanın isteğinin dışında, alınan kararları imzalamayan diğer bakanların istifa etmeleri gerektiği yönde kuvvetli bir teamül bulunmaktadır. Ancak, istifa edilmesini gerektiren herhangi bir norm bulunmamaktadır. Bu durum, Bakanlar Kurulu'nda Başbakanın isteği dışında bir kararın alınmasının mümkün olmadığını göstermektedir. Alınan kararlara ilişkin olarak sorumluluk ise ortak³⁴.

Bakanlar Kurulu kararları idari işlemler bakımından kolektif işlem türü içerisinde yer alırlar. Kolektif işlem, bilindiği üzere

³² *Yayla*, a.g.e., s.159., Kalkınma ve Yıllık Planların hazırlanması görevi 2011 tarih ve 641 sayılı Kalkınma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2/a maddesiyle Kalkınma Bakanlığına verilmiştir.

³³ DPT 3 Haziran 2011 tarih ve 641 sayılı KHK ile lağvedilmiştir.

³⁴ *Gözler*, Anayasa Hukukuna Giriş, s.297, 299.

birden fazla iradenin aynı anda ve aynı yönde açıklanması ile meydana gelen işlemlerdir. Dolayısıyla iradeler belli bir sırayla ortaya konulmamakta bir iradenin açıklanması için bir başka iradenin açıklanması beklenmemektedir. İradeler aynı yönde, aynı konu ve amaca yönelik olarak açıklanmaktadır³⁵. Kolektif işlemler, kurul üyelerinin toplantı ve karar yeter sayısına uyularak tamamlanmış olmalıdır. Toplantı ve karar yeter sayılarına uyulmadan alınan kararlar yetki yönünden sakat bir idari işlem niteliği taşıyacaktır³⁶.

Bakanlar kurulunun çalışma usulüne ilişkin olarak 2003 yılına kadar uygulamaya konulan herhangi bir düzenleyici işlem bulunmamaktaydı³⁷. İlk defa 18 Haziran 2003 tarihinde 59. Hükümet tarafından Bakanlar Kurulu Kararı şeklinde çıkarılan “*Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulüne İlişkin Esaslar*” anılan eksikliği gidermiştir³⁸. İlgili düzenlemeye göre Bakanlar Kurulu’na Başbakanlık bünyesinde bulunan Bakanlar Kurulu Sekreterliği yardımcı olmaktadır.

4.1.1. Bakanlar Kurulu Sekreterliği

“*Bakanlar Kurulu çalışmalarının düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesi için gerekli hizmetleri yerine getirmek*” üzere Başbakanlık teşkilatı içerisinde Bakanlar Kurulu Sekreterliği görev yapmaktadır. Sekreterlik bir makam olarak 1974 yılında kurulmuştur³⁹. Sekreterliğin görevleri şunlardır.

³⁵ *Günday*, a.g.e., s.128,129.

³⁶ *Günday*, a.g.e., s.139.

³⁷ *Armağan S*, Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulüne Dair Bazı Düşünceler, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/viewfile/5092/4632>, (10.11.2011) ; *Gözübüyük Ş.*,Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulleri, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/22/3/5_A_Seref_GOZUBUYUK.pdf, (25.11.2011).

³⁸ *Gözler, Kaplan*, a.g.e., s.138.; Bknz; <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/7/7-2434c.pdf>, (23.10.2010).

³⁹ *Karasu K*, “*Bakanlar Kurulunun Örgütlenmesi: Bakanlar Kurulu Sekreterliği*”, s.228, <http://yonetimbilimi.politics.ankara.edu.tr/koraykarasubakanlarkurulu.PDF>,

“Bakanlar Kurulu çalışmalarının düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesi için gerekli hizmetleri yerine getirmektedir.

Bakanlar Kurulu Toplantı gündemlerini hazırlamak, Bakanlar Kurulu görüşme tutanaklarını kaydetmek ve deşifre yaparak arşivlemek, toplantılara ait bütün belge ve bilgilerin güvenliğini sağlamak.

Sn. Başbakan veya Sn. Müsteşar tarafından verilen görevleri yerine getirmek,

Hükümet sözcüsü tarafından Bakanlar Kurulu sonrası basına yapılan açıklamaları kaydetmek ve çözümünü yaparak arşivlemek,

TBMM'deki Milletvekillerinin Sn. Başbakan ve Bakanlara yöneltmiş oldukları sözlü veya yazılı soru önergelerinin işlemlerini yerine getirmek”⁴⁰.

Yukarıda belirtilen hizmetleri yürütmek üzere iki şube müdürü ve üstü personel, beş özel kalem müdürü, araştırmacı, basın ve halkla ilişkiler müdürlüğü personeli, bir idari personel, üç geçici personel olmak üzere *toplam onbir kişi* istihdam edilmektedir ⁴¹. Bakanlar Kurulu Sekreteri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 59. maddesi uyarınca *istisnai memurdur*. Sekreterlik personel sayısı, Bakanlar Kurulu’nun çalışmalarının *“düzenli ve verimli bir şekilde yürütül”*mesine yetecek miktarda görülmemektedir. Kararların oluşum süreci ve karar alındıktan sonra yapılacak işlemlerin sayısal olarak miktarı ve işlemlerin çoğunun hayati nitelikte olması Bakanlar Kurulu Sekreterliğinin kurumsal yapısının daha da geliştirilmesini gerektirmektedir. Bakanlar Kurulu Sekreterliği’nin Başbakanlık teşkilatı içerisinde

(12.10.2011). Aksi görüş için Bknz. *Okşar M.*, 1982 Anayasa’sı Çerçevesinde Bakanlar Kurulu, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 439.

⁴⁰Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık, Bakanlar Kurulu Sekreterliği, <http://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/pOrganizationDetail.aspx>, (23.10.2011).

⁴¹ Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık, 2010 Faaliyet Raporu, Ankara, Nisan, 2011, s.15.; www.basbakanlik.gov.tr/Handlers/FileHandler.ashx?FileId=7986, (23.10.2011).

yer alması Başbakan'ın Anayasal ve yasal olarak Bakanlar Kurulu içerisindeki hiyerarşik konumuna uygundur⁴². Başbakan ve Bakanlar Kurulu arasındaki geleneksel konumlanma ve hiyerarşi benzeri ilişki Bakanlar Kurulu Sekreterliğinin Başbakanlık bünyesinden ayrılarak doğrudan Bakanlar Kuruluna bağlı olarak çalışmasına şimdilik müsaade etmemektedir. “Bakanlar Kurulunun Çalışma usulüne İlişkin Esaslar”ın incelenmesi neticesinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır⁴³.

4.1.2. Bakanlar Kurulu ve Çalışma Usulüne İlişkin Esaslar'ın İdare Hukuku İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi

Bakanlar Kurulunun toplantı yer ve zamanının tespiti, Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulüne İlişkin Esaslar'ın birinci maddesinde tamamıyla Başbakan'a bırakılmıştır. Gündem belirleme yetkisi de Başbakan'dadır. Bakanlar gündeme alınmasını gerekli gördükleri konuları Bakanlar Kurulu Sekreterliğine iletmektedirler. Ancak, birinci maddeye göre, gündem hazırlama konusunda Bakanlar Kurulu Sekreterliği'ne talimat verme yetkisi sadece Başbakana verilmemiş, opsiyonel olarak “Başbakan veya Başbakanlık Müsteşarı”na verilmiştir. Başbakanlık Müsteşarı'nın Başbakan'ın arzusu ve talimatları dışında ve Başbakan'ı bilgilendirmeden gündem maddesi belirlemesinin söz konusu olamayacağının açık olmasına rağmen demokrasi teorisi açısından gündemi belirleyenin aynı zamanda iktidarı kullanma yetkisine sahip olduğu göz önüne alındığında⁴⁴ birinci maddedeki “*Başbakan veya Başbakanlık Müsteşarının talimatları doğrultusunda*” ifadesinin “*Başbakan veya Başbakanın emirleri/istekleri*

⁴² Okşar, a.g.e. , s. 439.

⁴³ 18/6/2003 tarihli ve P.2003/6 sayılı “Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulüne İlişkin Esaslar” Resmi Gazete’de yayımlanmamıştır. İlgili düzenleme Bakanlar Kurulu Sekreterliği’nden elden temin edilmiştir.

⁴⁴ Dahl R. A., Demokrasi Üstüne, Çev. Betül Kadioğlu, Phoenix Yayınevi, Eylül, 2001, Ankara, s. 57.

doğrultusunda Başbakanlık Müsteşarının talimatları ile...” olacak şekilde düzenlenmesi 1982 Anayasası’nın 6/2. fıkrasında yer alan; “...*Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır....*” ifadesine daha uygun olacaktır. Aksi taktirde, Başbakanlık Müsteşarlığı’nın bakanların üstünde bir konumda yer aldığına ilişkin yorumlar ortaya çıkacaktır. Madde metninin belirtilen içerikte düzenlenmesiyle bu eleştiriler önlenebilecektir. Birinci maddeye ilişkin olarak Bakanlar Kurulu Sekreterliği tarafından hazırlanan ve bakanlara duyurulan gündeme ilişkin olarak bakanlardan gelecek teklif ve düzeltmelerin değerlendirilmesini mümkün kılacak şekilde bir düzenlemenin yapılması, hataların Bakanlar Kurulu’nda düzeltilmesi nedeniyle ortaya çıkacak zaman kaybının da önüne geçecektir. Ayrıca, Bakanlar Kurulu Sekreterliği’nin web sayfasında görevleri açıklanırken belirtilen “*Bakanlar Kurulu Toplantı gündemlerini hazırlamak*” ifadesinin “Başbakanın emir ve talimatları doğrultusunda ve bakanlıklardan gelecek teklif ve düzeltmelerin değerlendirilmesinde (eşgüdüm)⁴⁵ sağlayarak toplantı gündemini hazırlamak” şeklinde düzeltilmesi yukarıda belirtilen gerekçeler doğrultusunda daha isabetli olacaktır.

“*Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulüne İlişkin Esaslar*”ın 1/1. fıkrasında, toplantı gündeminin gizli maddeleri hariç olmak üzere toplantı gününün kamuoyuna duyurulması öngörülmüştür. Gündemin mümkün olabildiğince toplantının yapılacağı günden önce kamuoyuna duyurulması, konunun ilgililerinin toplantıdan önce yapacakları katkılardan yararlanılmasını sağlayacağı gibi katılımcı demokrasinin gelişmesine de katkıda bulunacaktır. Bakanlar Kurulunun toplanma zamanı ve yeri konusunda yetki Başbakan’dadır. 1982 Anayasası’nın 104. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanlığının gerekli görmesi halinde Bakanlar Kurulu’nu toplantıya çağırabilecektir. Bakanlar Kurulu’nun parlamenter

⁴⁵ Okşar, a.g.e. , s. 442.

demokrasilerde Cumhurbaşkanı tarafından toplantıya çağırılması rejimin gelenekleri açısından uygun olmamakla birlikte, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesiyle ortaya tartışmalı bir durum çıkmıştır. Anayasa ve yasalarda Cumhurbaşkanı ile ilgili düzenlemeler olduğu gibi durmaktadır. Fakat seçilmiş ve sorumsuz bir Cumhurbaşkanı'nın seçilmekten kaynaklanan ağırlığı karşısında çözüm yolu düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu durum Başbakan ile Cumhurbaşkanı arasında çatışma ve yönetim krizlerinin doğmasına neden olabilecektir. Sekreterliğin görevlerini düzenleyen Esaslarda Cumhurbaşkanı'nın toplantıya çağırması halinde yapılacaklara ilişkin olarak bir düzenleme bulunmadığından yürütmenin kanatlarının etkili, verimli ve eşgüdüm içerisinde çalışma yürütmesi mümkün olamayacaktır. Cumhurbaşkanı ile Hükümetin farklı siyasi görüşlere sahip olması halinde yaşanan yönetim krizinin boyutları idareyi çalışamaz hale getirebilecektir. Bu nedenle mevzuatın görev ve yetkilerin sınırlarını belirleyecek şekilde düzenlenmesi aciliyet arz etmektedir.

Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanacak olan, “*kanun tasarısı, Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük, Yönetmelik ve Bakanlar Kurulu kararı taslakları doğrudan ilgilisi olan kurumların bu işle görevlendirilmiş birimlerince, mevzuatında böyle bir birimin öngörülmemiş olması halinde ise hukuk müşavirliklerince hazırlanır. Diğer birimlerce hazırlanan taslaklar hakkında hukuk müşavirliklerinin görüşü alınır.*” Ayrıca, “*taslaklar hakkında ilgili bakanların ve kurumların görüşleri alınır.*” Burada yapılan düzenlemenin, Bakanlar Kurulu'na gelmeden önce, taslakların yeterince değerlendirilmesi amacını taşıdığı anlaşılmaktadır. Ancak, sadece ilgilisi olan kurum ya da hukuk müşavirlikleriyle kısıtlanması ve düzenleyici etki analizinin gerektirdiği aşamaların göz ardı edilmesi, yapılan düzenlemelerin uygulanma aşamasında ortaya çıkaracağı olumsuzlukların yeterince öngörülememesi sonucunu doğurabilecektir. “*Taslağın bütçeye, mevzuata, sosyal, ekonomik ve ticarî hayata, çevreye ve ilgili*

kesimlere etkilerinin ne olacağı” ⁴⁶ na ilgili kurum ve hukuk müşavirliğinin değerlendirmeleriyle ulaşmak mümkün değildir.

Düzenlemenin 2/2. fıkrasındaki, *“Bakanlıklar ve ilgili kurumlardan alınması gerekli olan görüşler tamamlanmadan veya mutabakat sağlanmadan Başbakanlığa gönderilen taslaklar teklif sahibi bakanlığa iade edilir.”* ifadesinin, 643 sayılı KHK ile düzenlenen başbakan yardımcılara verilen görevlerle uyumlu şekilde yeniden ele alınmasında fayda vardır. Çünkü, başbakan yardımcıları, Başbakan’a yardım etmek, Başbakan tarafından verilen görevleri yerine getirmek, Bakanlar Kurulu’nda eşgüdümü sağlamak üzere görevlendirilirler⁴⁷. Belirtilen görevlerin Bakanlar Kurulu çalışmaları ile doğrudan ilgisi vardır. Söz konusu maddede belirtilen usulün, Başbakanın görevlendireceği bir başbakan yardımcısının koordinasyonunda yapılması sağlandığında, düzenleme 643 sayılı KHK ile uyumlu hale getirilmiş olacaktır. Böylelikle, hazırlanan taslaklar hakkında ortaya çıkacak sorunların ve anlaşmazlıkların Bakanlar Kurulu’na sunulmadan önce büyük oranda giderilebilmesi ve usul hatalarından kaynaklanan zaman kaybının önüne geçilmesi mümkün olacaktır. Bakanlar Kurulu’nun gündeminin yoğunluğu nedeniyle zaman kazanılmasını sağlayacak nitelikteki düzenlemelerin tekrar ele alınması gerekmektedir.

“Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulüne İlişkin Esaslar”ın 2/son fıkrasında yer alan düzenlemede katılımcı demokrasi açısından oldukça önemli bir uygulama yer almaktadır. Son fıkrada “...kamuoyunu ilgilendiren taslaklar (-ki Bakanlar Kurulu’nun gündemine gelen taslakların önemli bir bölümü kamuoyunu ilgilendirmektedir.) Başbakanlığa iletilmeden önce, teklif sahibi bakanlık tarafından internet, basın ve yayın aracılığıyla kamuoyunun bilgisine sunulabilir. Bu suretle taslak hakkında toplanan görüşler değerlendirildikten sonra teklifte bulunulur”

⁴⁶ Mevzuat Hazırlama Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.3/c

⁴⁷ 3046 sayılı Bakanlıkların Kurulu ve Görev Esasları Hakkında Kanun m.4.

düzenlemesine yer verilmiştir. Yapılan düzenleme, taslakların olabildiğince objektif olarak ve toplumun çoğunluğu tarafından kabul edilebilecek şekilde “düzenleyici etki analizi” ve “katılımcı demokrasi anlayışı”na uygun nitelikte çıkarılmasını sağlayacak içeriğe sahiptir.

“*Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulüne İlişkin Esaslar*”ın 4. maddesine göre hazırlanan taslaklar, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü tarafından Anayasa’ya, kanunlara, genel hukuk kurallarına, kalkınma plan ve programları ile hükümet programına ve biraz önce belirttiğimiz esaslara uygunluk açısından incelenerek, Bakanlar Kurulu’nda görüşülecek duruma getirilmektedir. Şekil noksanlıkları, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü tarafından re’sen giderilebilmektedir. Hatta Başbakanlık, teklif sahibi bakanlığa bilgi vermek suretiyle gelen taslak üzerinde değişiklik yapabilmektedir. Başbakanlık, değişiklik yapmak yerine hukuka ve yukarıda belirtilen esaslara uymayan nitelikteki taslakları bakanlık ya da teklif sahibi kuruma iade edebilir. İstisari süreçlerin işletilmesi suretiyle taslağa son halinin verilmesi kararların kalitesine katkıda bulunacaktır.

“*Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulüne İlişkin Esaslar*”ın 5. maddesine göre, hazırlanan taslaklardan ivedi olanlar hariç, ilgili bakanın toplantıda bulunmaması halinde gündeme alınması ve görüşülmesi mümkün değildir. Çünkü, konuya hâkim olan, taslağın içeriğini bilen teklif sahibi bakanlıktır. Dolayısıyla, yapılan bu düzenlemeyle teklifin, teklif sahibinin yokluğunda görüşülmesinin önüne geçilmiş olunmaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında, idari işlem teorisi açısından oldukça dikkat çekici bir düzenleme yer almaktadır. Gündemi oldukça yoğun olan Bakanlar Kurulu’nun karar alma süreci açısından yapılan düzenlemenin gerekliliği çeşitli olaylar örnek gösterilerek ileri sürülebilir. Ancak, kurul halinde alınması öngörülen kararların, karar yeter sayısına uyulmak suretiyle alınmasının şart olduğu, idare işlem teorisinde genel

olarak kabul edilmektedir. Bakanlar Kurulu'nun toplantı halindeyken karar almasının, alınan kararın idari işlemin şekil unsurunun hukuka uygunluğu açısından gerekli olduğu bilinmektedir. Kollektif işlemlerde, tek bir hukuki işlemin oluşması amacıyla birden fazla iradenin aynı anda ve aynı yönde açıklanması söz konusudur. Yukarıda belirtildiği üzere, Bakanlar Kurulu kararları da kolektif işlemler içerisinde kabul edilmektedir.

Bakanlar Kurulu toplantıları gizlidir ve dışa kapalıdır. Dolayısıyla fiili olarak kararların toplantı sırasında mı alındığı yoksa elden imza suretiyle mi gerçekleştirildiğini tespit etmek ve iddia etmek mümkün değildir. Kararların elden imza toplamak suretiyle alındığı fiilen bilinmekte ve idare hukukçuları tarafından bu durum idari işlem teorisine aykırı olması nedeniyle eleştirilmektedir. Eleştiri genellikle fiili uygulamaya bakılmak suretiyle yapılmaktadır.⁴⁸ Ancak, ilgili düzenlemenin 5/2. fıkrasında *“Taslağın Bakanlar Kurulu toplantılarında imzalanması esas olmakla birlikte öncelik taşıyan taslaklar Bakanlar Kurulu toplantısı dışında imzalatılabilir. İlgili Bakanın yurt dışında bulunması halinde taslaklar, vekâlet eden bakan tarafından imzalanır”* demektedir. Yani ilgili düzenleme ile, açık bir şekilde, öncelik taşıyan taslakların Bakanlar Kurulu toplantılarının dışında imzalatılabileceği ifade edilmiştir. Bu şekilde alınan kararlar ispat edilebilseydi, şekle aykırılık nedeniyle hukuka aykırılığı ileri sürülebilecek ve iptal süreci başlatılabilecekti. Buradaki soyut düzenlemenin genel kurala aykırılık teşkil ettiği açıktır.

*“Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulüne İlişkin Esaslar”*ın 5/3. fıkrasındaki düzenlemeye göre, Bakanlar Kurulu toplantılarında imzalanması tamamlanamayan kararlar ilgili bakanlıklara gönderilir. İncelenmesi süre gerektiriyorsa bir nüshası alınır ve incelenmekte olduğu Başbakanlığa bildirilir. İncelenmesi gerekmeyenler bekletilmeden imzalanmak suretiyle Başbakanlığa

⁴⁸ Gözler, Kaplan, a.g.e. , s. 291. ; Günday, a.g.e. , 403. ; Tan, a.g.e. , s. 129.

geri gönderilir. 5/3. fıkradaki düzenlemede de kolektif işlemin aynı anda ve aynı yönde olması kuralına aykırılık bulunmaktadır⁴⁹.

Bakanların kararnameleleri imzalamaktan imtina edebileceklerini ve bu durumda istifa etmesi gerektiğini, Başbakanın kararnameleleri imzalamayan bakanın görevine son verilmesini Cumhurbaşkanından talep edebileceğini daha önce belirtmiştik. İlgili düzenlemenin 5/5. fıkrasında imzalanması öngörülmeleyen taslakların imzalanmama gerekçesiyle birlikte kapalı bir zarfla Başbakanlığa gönderileceği ifade edilmiştir.

Bakanlar Kurulu'nda imzalanmış ve Cumhurbaşkanınca imzalanarak tekemmül etmiş olan taslaklardan, gizli olanlar dışındakiler Resmi Gazete'de yayımlanır. Bakanlar Kurulu'nda yapılan görüşmelerin tutanağının tutulmadığı ileri sürülmekle birlikte⁵⁰ "*Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulüne İlişkin Esaslar*"ın 7. maddesinde Bakanlar Kurulu'nda yapılan görüşmelerle ilgili tutanakların nasıl ve kimler tarafından tutulacağı düzenlenmiştir. Tutanaklar Başbakan'ın uygun göreceği şekilde tam ya da özet şekilde Bakanlar Kurulu Sekreteri ve stenograf tarafından tutulmaktadır. "*Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulüne İlişkin Esaslar*"ın 8. maddesine göre, Bakanlar Kurulu toplantılarında, Başbakan ve bakanların dışında Başbakanlık Müsteşarı, Bakanlar Kurulu Sekreteri, stenograf, büro elemanları ile kayıt sekreterleri bulunabilmektedir. Ayrıca, gündemle ilgili kamu görevlileri ve sunum için gerekli olan personel toplantıda yer alabilmektedir⁵¹.

⁴⁹ Okşar , a.g.e., s.453.

⁵⁰ Gözler, Kaplan, a.g.e., s.291.

⁵¹ Doktrinde Bakanlar Kurulu toplantılarına bakanlar dışında genel idareden kimsenin katılamayacağına ilişkin görüş için Bknz. Akylmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.242.

SONUÇ

Bakanlar Kurulu, merkezi yönetimin en üst ve genel karar organıdır. Bakanlar Kurulu'nda yer alan bakanların kendi bakanlık teşkilatlarındaki görevleri ile birlikte sadece sayısal olarak dahi değerlendirilse, yıllık olarak verilen karar sayısına bakarak gündemin yoğun olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. 1999 yılı sonunda Bakanlar Kurulu tarafından verilen kararların sayısı 13899'dur⁵². Haftada sınırlı sayıda toplantı yapıldığı düşünülürse⁵³ bakanların kararların önemli bir kısmını müzakere etmeden hazırlandığı şekliyle imzaladıklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu ise Bakanlar Kurulu'nun karar alma şeklinin kolektif olmasını anlamsızlaştırmaktadır. Kolektif karar almada esas olan ortaya konulan konunun kurulda bulunan kişilerin tecrübeleri ışığında mümkün olan en sağlıklı hale getirmektir. Bakanlar Kurulu'nun ülkenin genel siyasetiyle alakalı konuları da değerlendirdikleri hesaba katıldığında tablo daha net bir şekilde ortaya çıkacaktır.

İdari yapının sağlıklı bir şekilde işleyişinin, Bakanlar Kurulu'nun takdirine bırakılmış olan işlemlerin özenle ve dikkatle yapılmasına bağlı olduğu açıktır. Bakanların sayılarının sınırlılığı ve işlerinin yoğunluğu göz önüne alındığında Anayasa ve kanunların verdiği görevleri işlemlerin kalitesini düşürmeden yerine getirebilmesi için çeşitli yöntemlerin uygulanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bakanlar Kurulu'nun faaliyetlerinin koordinasyonunu sağlama görevi olan ve Bakanlar Kurulu sekreteryasını kendi teşkilatı içerisinde barındıran Başbakanlığın hükümet programı hazırlanması aşamasında ya da daha sonra verilecek genel bir yetkiyle Bakanlar Kuruluna verilmiş olan görevlerin konularına göre ilgili bakanlık birimlerine aktarılmasına karar verebilmesinin sağlanması Bakanlar Kurulu'nun iş yükünü azaltacaktır. Yapılan bu düzenleme, Başbakanın Bakanlar Kurulu'ndaki konumuna da

⁵² Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.579.

⁵³ Gözler, Kaplan, a.g.e., s.138.

uygun niteliktedir. Başbakan yardımcılarının Bakanlar Kurulu çalışmalarının koordinasyonunda üstlenecekleri etkin rol Bakanlar Kurulu'nun yükünü azaltacağı gibi kararların görüşülerek ortak aklın ortaya çıkardığı sonuçlardan daha fazla istifadeyi mümkün kılacaktır. Bakanlar Kurulu Sekreterliği'nin teşkilat yapısının ve personel niteliklerinin tekrar ele alınarak karar alma süreçlerine olan katkılarının artırılması yönünde çalışmaların kamuoyunun da görüşlerinin alınması suretiyle başlatılması karar alma aşamasında yaşanan olumsuzlukların asgari seviyeye getirilmesinde etkili olacaktır.

Bakanlar Kurulu'nun düzenleyici işlem alanında sahip olduğu yetkilerin başında gelen tüzük çıkarma yetkisinin etkin hale getirilmesi için Danıştay'ın inceleme süresi kısaltılarak, inceleme yerine (genel eğilime ve doktrindeki kabullere uygun şekilde) “görüş bildirme” şekline dönüştürülmesi Bakanlar Kurulu'nun tercihini tüzük çıkarma yönünde değiştirebilir. Tüzük çıkarma ile ilgili Bakanlar Kurulu'na Danıştay'dan görüş isteme konusunda takdir hakkı verilmesi de, istenen görüş istişari nitelikte olduğundan Danıştay'ın idari teşkilat içerisindeki konumuyla paralel nitelikte bir düzenleme olacaktır. Tüzüklerin yasaya uygunluğu konusunda Danıştay'ın sahip olduğu yargı yetkisi denetim konusundaki eksikliği giderecek niteliktedir.

KAYNAKÇA

- Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer,** Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Erdoğan Teziç,** Anayasa Hukuku, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2009.
- Kemal Gözler,** Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2012.

- Kemal Gözler,** İdare Hukuku I (İkinci Baskı), Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2009.
- Kemal Gözler,** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000.
- Koray Karasu,** “*Bakanlar Kurulunun Örgütlenmesi: Bakanlar Kurulu Sekreterliği*”, <http://yonetimbilimi.politics.ankara.edu.tr/koraykarasubakanlarkurulu.PDF>, (12.10.2011).
- Lütfi Duran,** İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.
- Mustafa Okşar,** 1982 Anayasa’sı Çerçevesinde Bakanlar Kurulu, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Metin Günday,** İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Oğuz Sancakdar,** İdare Hukuku, Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Robert A. Dahl,** Demokrasi Üstüne, Çev. Betül Kadioğlu, Phoenix Yayınevi, Eylül, 2001, Ankara.
- Servet Armağan,** Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulüne Dair Bazı Düşünceler, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/viewfile/5092/4632>, (10.11.2011).
- Şeref Gözübüyük,** Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulleri, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/22/3/5_A_Seref_GOZUBUYUK.pdf, (25.11.2011).
- Taner Ayanoglu,** “İdare Hukuku Çerçevesinde ‘Devlet Bakanlığı’ Uygulaması”, Amme İdaresi Dergisi, C:38, S: 4, 2005. (59-84).
- Turgut Tan,** İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

- Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık, 2010 Faaliyet Raporu, Ankara, Nisan, 2011,s.15; www.basbakanlik.gov.tr/Handlers/FileHandler.ashx?FileId=7986, (23.10.2011).
- Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık, Bakanlar Kurulu Sekreterliği, <http://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/pOrganizationDetail.aspx>, (23.10.2011).
- Yıldızhan Yayla,** İdare Hukuku, Beta, İstanbul, 2009.
- AYM., 23-25, 10,1969, E.1967/41, K.1969/57, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı: 8, s.18., (s.18-134), http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_08.pdf, (22.10.2014).
- AYM., 28.03.1968 tarih, E. 1963/4, K. 1963/71, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 1, s.165, (s.161-181), http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_01.pdf, (22.10.2014).
- AYM., 3-25 Ekim 1969 tarih ve K.1969/57 sayılı Kararı; Anayasa Mahkemesi Web Sitesi, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0f0cdae2-2409-4c29-b040-fc7265add967?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (22.10.2014).
- AYM., 18.07.1994 tarih ve E.1994/46, K.1994/57, Anayasa Mahkemesi Web Sitesi, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/87fa17cd-e3ea-4db6-b561-c2dee0bc7193?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>,(22.10.2014)

MEDENİ KANUNUMUZA GÖRE KİŞİ TOPLULUKLARININ MİRASÇILIĞI

Yrd. Doç. Dr. Ayşe ARAT *

ÖZET

Miras hukukunda, mirasbırakanın son iradesi önemlidir. Bu iradeyi ayakta tutmak için Medeni Kanunumuz, bazı hükümler ihdas etmiştir. Bu hükümlerden biri de MK. m. 577/II'dir. Hükme göre tüzel kişiliği bulunmayan insan topluluklarına miras bırakılabilir. Böylece mirasbırakanın belli bir amaç için yaptığı kazandırmalar, topluluğun tüzel kişiliğe sahip olup olmadığına bakılmaksızın geçerli kabul edilmiştir. Kazandırmanın topluluk üyeleri arasında, belirlenen amacı gerçekleştirmek kaydıyla paylaştırılması benimsenmiştir. Ancak mirasbırakanın amacının bu şekilde gerçekleştirilmesi mümkün değilse, yapılan kazandırma vakıf kurma sayılmıştır. Çalışmamızda MK. m. 577/II'de yer alan bu hüküm değerlendirilmiş, uygulamadan örneklerle etraflıca incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüzel kişiliği bulunmayan topluluğun mirasçılığı, mirasçılık, ölüme bağlı tasarrufla vakıf kurma, favor testamenti ilkesi

INHERITANCE OF PERSONS' COMMUNITY ACCORDING TO THE CIVIL CODE

ABSTRACT

In inheritance law, the last will of the legator is important. To keep this will alive, the Civil Code has created some provisions. And one of these provisions is CC. art. 577 / II. According to the law, persons'

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi

communities without a legal personality may be bequeathed. Thus savings of a legator for a specific purpose are considered valid regardless of whether or not having legal personality of the community. The saving has been adopted to be shared among community members with the condition to perform the specified purpose. However, if it is not possible to carry out the purpose of the legator in this way, the saving is considered as establishing a foundation. This study evaluates this provision in CC. art. 577 / II and examines in detail with examples of these provisions in practice.

Keywords: inheritance of persons' communities without a legal personality, inheritance, establishing a foundation with testamentary disposition, in favorem testamenti

1. Giriş

Mirasçılık sıfatı, Medeni Kanunumuzda sadece “kişilere” tanınmıştır. Buna göre hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler mirasçı olabilirler. Kural olarak hukuken kişi kabul edilmeyen canlıların ve toplulukların mirasçı olabilmesi söz konusu değildir. Ancak Medeni Kanunumuz, m. 577/II’de yer alan istisnai bir düzenleme ile mirasbırakanın son arzularını koruyabilmek adına tüzel kişiliği bulunmayan kişi ya da mal topluluklarına da miras bırakılabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme sayesinde mirasbırakan, gerçekten miras bırakmak istediği, kanuni mirasçısı olmayan, tek tek belirleyemeyeceği gerçek kişilere ya da tüzel kişi olmadığı için de mirasçı olarak atayamayacağı topluluklara miras bırakabilme imkânına sahip olmuştur.

2. Genel Olarak

Kişi, hak sahibi olabilen varlıktır¹. Haklar tanınırken, bu haklara sahip olacak kişi de hukuk düzenince belirlenir². Medeni Kanunumuza

¹ Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S., *Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler*, İstanbul 2009, 2; Velidedeoğlu, H.V., *Medeni Hukuk Şahsın Hukuku*, İstanbul 1945, 26; Akipek, J./Akıntürk, T./ Ateş-Karaman, D., *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri* *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2009, 230; Serozan, R., *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, İstanbul 2008, 170.

göre hak sahibi olan varlıklar, insanlar (gerçek kişiler), bir amaç etrafında birleşen insan toplulukları ve bir amaca tahsis edilmiş mal topluluklarıdır. Hak sahibi olmanın sonucu, hak ehliyetine sahip olmaktır. Hak ehliyeti, kişinin hak ve borçlara sahip olabilme ehliyetidir, şeklinde tanımlanır³. Bu, pasif bir ehliyettir, kişinin irade ve davranışlarından bağımsız olarak, sadece kişi olmak sebebiyle kazanılır⁴. Nitekim MK. m.8 bütün insanların, hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşit bulunduğu hükmü ile bu hususu ortaya koymuştur.

Hukukumuzda gerçek kişiler dışında bir takım topluluk ve kurumların da hak sahibi olması düzenlenmiştir. Böylece, insanların, ömürlerinin kısa olması veya mali güçlerinin sınırlı olması sebebiyle tek başına gerçekleştiremeyecekleri amaçları, birleşmek ya da mal tahsis etmek yoluyla bertaraf etmeleri mümkün olmaktadır⁵. Bu, ortak amacın sürekli biçimde gerçekleşmesini sağlayacak örgütlenmesi bulunan kişi topluluklarında onu oluşturan kişilerden, mal topluluklarında ise malı tahsis eden kişiden bağımsız, ayrı bir kişilik oluşturulmasıyla sağlanmıştır⁶. İşte bu tür kişi ve mal topluluklarına “tüzel kişi” denilmektedir. Tüzel kişilik, MK. m. 47’de “başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenen kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülünmüş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar” hükmü ile tanımlanmıştır. Tüzel kişilerin hak ehliyeti ise MK. m. 48’de insana özgü olanlar dışında bütün haklara ve borçlara ehil olmak, şeklinde düzenlenmiştir. Tüzel kişilerde numerus clausus ilkesi geçerlidir. Kişi ve mal topluluklarından hangilerine tüzel kişilik tanınacağı, hukuk düzenince belirlenir ve bunun dışında taraflar yeni bir

² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 50; Serozan, Medeni,171.

³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 38; Velidedeoğlu, 28; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 267; Serozan, Medeni, 171.

⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 38; Velidedeoğlu, 41; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 268; Serozan, Medeni, 171.

⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 191; Velidedeoğlu, 163; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 500.

⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 192; Velidedeoğlu, 164; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 501; Serozan, Medeni,196.

tüzel kişilik oluşturmazlar⁷. Özel hukuk tüzel kişileri, dernekler, vakıflar ve şirketlerdir.

Medeni Kanunumuzda mirasçılık, hukuken hak ehliyetine sahip kabul edilen, gerçek ve tüzel kişilere tanınmıştır. Ancak istisnai bir düzenleme ile kişiliği bulunmayan insan topluluklarının da mirasçılığının kabul edildiği görülmektedir. İşte bu tür toplulukların mirasçılığını değerlendirebilmek için MK. m. 577/II'ye, hak ehliyeti ve favor testamenti ilkesi açısından ayrı ayrı bakmak gerekir.

3. Hukuki Nitelik

a) Hak Ehliyeti Açısından Değerlendirme

Anayasamız 35. maddesinde “Herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir, bu haklar ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir.” hükmü ile miras hakkını teminat altına almıştır.

Mirasçılık, hak ehliyetinin bulunmasına bağlıdır (MK. m.8, m. 577/I). Bu çerçevede tüm insanlar doğuştan hak ehliyetine sahiptir. Kural bu olmakla birlikte, Medeni Kanunumuzun ehliyet konusundaki genel kurallarında, Miras Hukuku'na özgü istisnalar getirdiği görülmektedir. Örneğin sağ doğmak kaydıyla ceninin de mirasçı olabileceği kabul edilmektedir (MK.m.582). Hatta daha doğmamış ilerde dünyaya gelecek birinin art mirasçılık yoluyla, mirasçı olarak atanması da mümkündür (MK.m.583).

Gerçek kişiler dışında kalan diğer hak ehliyetine sahip mirasçı grubu, tüzel kişilerdir. Tüzel kişiler kural olarak sadece atanmış mirasçı olabilirler. Bu kuralın istisnası ise devlettir (MK. m. 501). Devlet son mirasçı sıfatıyla, kanuni mirasçı olabilmektedir.

Hukukumuzda hayvanların hak ehliyeti kabul edilmediğinden, onların mirasçı olması söz konusu değildir. Ancak mirasbırakanın bu yönde yaptığı bir tasarruf, o hayvana bakılması konusunda mirasçılarına yönelik bir yüküleme olarak kabul edilebilmektedir⁸. Böylece söz konusu

⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 193; Serozan, Medeni, 198.

⁸ İmre, Z./Erman, H.: Miras Hukuku, İstanbul 2011, 289; İnan, A. N./Ertay, Ş./Albaş, H.: Miras Hukuku, İzmir 2012, 269; Honsell, H./Vogt, N. P./Geiser, T.: Basler Kommentar

tasarruf geçersiz sayılmak yerine, mirasbırakanın iradesine uygun bir yükümlülük kabul edilmek suretiyle ayakta tutulmaktadır⁹. İsviçre de ise bu husus, 2013 yılında yapılan bir değişiklikle ayrı bir hüküm olarak İsviçre Medeni Kanunu'na eklenmiştir¹⁰.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, Medeni Kanunumuza göre tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğun kural olarak mirasçı olması söz konusu değildir. Zira mirasçılık, hak ehliyetini gerektirir. Tüzel kişiliği bulunmayan bir insan topluluğunun da hak ehliyeti yoktur. Ancak MK. m. 577/II, tüzel kişiliği bulunmayan insan topluluğu lehine mal vasiyet edilmesine veya bu topluluğun mirasçı atanmasına imkan vermektedir. Örneğin, Samatya İlkokulundaki fakir öğrenciler lehine mal vasiyet edilirse bu tasarruf geçersiz olmak gerekirken, MK. m. 577/II hükmü sayesinde mümkün olmaktadır¹¹. Hükme göre tüzel kişiliği bulunmayan topluluğa, belli bir amaç için yapılan kazandırmaları, o topluluğa mensup olanlar, mirasbırakanın belirlediği amacı gerçekleştirmek üzere birlikte edinirler, eğer amaç bu yolla gerçekleşmiyorsa yapılan kazandırma vakıf kurma sayılır.

Tüzel kişiliği bulunmasına gerek olmadan, bir topluluğa kazandırma yapma imkânı tanınması, Medeni Kanunumuzun hak ehliyeti ile sınırlanan mirasçılık anlayışını genişletmektedir. Böylece mirasbırakana, malvarlığı üzerinde daha geniş ve isteklerine daha uygun bir tasarruf imkânı sunulmaktadır. Ancak bu düzenlemenin temelinde hak ehliyetini genişletme düşüncesi değil, mirasbırakanın son arzularını koruma daha doğru bir deyişle yapılan ölüme bağlı tasarrufu ayakta tutabilme düşüncesi yani favor testamenti ilkesi yatmaktadır.

zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 2. Auflage, 2003, Art. 539, N. 8; Serozan, R.: Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım, Halid Kemal Elbir Armağanı, İstanbul 1996, 427; Baygın C.: Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu, AÜEHFD., C. 4, S.1-2, Y. 2000, 581.

⁹ İmre/Erman, 289; Oğuzman, K., Miras Hukuku, İstanbul 1991, 304, dpn. 17b.

¹⁰ ZGB Art. 482

¹¹ İmre/Erman, 289; Serozan, Yorum, 428; Baygın, 570; Aksoy-Dursun, S., Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna İlişkin Bazı Düşünceler, İÜHFM, C. LXVI, S.2, Y. 2008, 318.

b) Favor Testamenti İlkesi Açısından Değerlendirme

aa) Genel Olarak

İrade beyanları, yorum yoluyla anlamlandırılır. Hukuki işlemlerde yorum, güven prensibi uyarınca muhatabın o irade beyanına dürüstlük kuralı uyarınca vereceği anlama göre yapılır. Vasiyetname gibi tek taraflı ve yöneltilmesi gerekli olmayan irade beyanı ile yapılan işlemlerde ise güven prensibinden değil, mirasbırakanın iradesinin esas alındığı, irade prensinden yararlanılır¹².

Bütün hukuki işlemlerde olduğu gibi vasiyetnamelerin de bazı hallerde yorumlanması gerekebilir. Vasiyetnamelerde yorum ihtiyacı özellikle vasiyetçinin iradesini ortaya koyarken kullandığı ifadelerde yeterince titiz davranmamasından, vasiyetnamenin yapılması ile açılması arasında genellikle bir süre geçmesinden kaynaklanmaktadır¹³.

Roma hukukunda, vasiyetnamenin yorumu konusunda bir takım kurallar bulunmaktaydı. Esas vasiyetçinin gerçek iradesinin araştırılması olmakla birlikte vasiyetnamede yer almayan ancak makul bazı hususların da onun tarafından istenmiş olabileceği kabul ediliyordu¹⁴. İsviçre-Türk hukukunda genel olarak ölüme bağlı tasarrufların yorumu konusunda pek fazla hüküm bulunmamaktadır¹⁵. Medeni Kanunda dağınık şekilde bulunan bu hükümleri, MK. m. 504/II, MK. m. 515/III, MK. m. 519/II-III, MK.m.583/II, MK. m. 560/II, MK. m. 647/III ve konumuzu teşkil eden MK. m. 577/II olarak sıralayabiliriz¹⁶. Hukukumuzda söz konusu kurallarının azlığı, doktrin ve mahkeme kararları ile birtakım temel yorum kurallarının oluşturulmasına sebep olmuştur¹⁷. Ölüme bağlı tasarrufların

¹² Oğuzman, 196.; Tuor, P./Schnyder, B./Schmid, J./Rumo-Jungo, A., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2002 , 617; Serozan, R./Engin, B. İ., Miras Hukuku, Ankara 2012, 340; Dural, M./Öz, T., Türk Özel Hukuku, C: IV, Miras Hukuku, İstanbul 2012, 213; İnan/Ertaş/Albaş, 267; Baygın, 567; Aksoy-Dursun, 311.

¹³ Oğuzman, 196; Serozan/Engin, 334-335; Baygın, 567; Ergüne S., Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul 2011, 32 vd.; Aksoy-Dursun, 311.

¹⁴ İmre/Erman, 107; Baygın, 574; Ergüne, 39.

¹⁵ İmre/Erman, 107; Oğuzman, 196; Baygın, 575.

¹⁶ İmre/Erman, 107; Oğuzman, 196, dpn. 406; Serozan/Engin, 351; Ergüne, 77.

¹⁷ İmre/Erman, 107; Oğuzman, 196.

temel yorum kuralları; tasarrufun metninin beyan edildiği gibi esas alınması, vasiyetname dışı unsurlardan, vasiyetnameye yeni bir şey eklenmesine izin vermeyecek şekilde yardım alınması, yorumun kanuni mirasçılık lehine yapılması ve özellikle konumuz açısından önem arz eden favor testamenti (vasiyetnameyi ayakta tutan yorumun esas alınması) şeklinde sıralanmaktadır¹⁸.

bb) Favor Testamenti İlkesi

Favor testamenti, kısaca vasiyetname lehine yorum şeklinde ifade edilebilir. Bu ilke, geçerliliği hususunda hem olumlu hem de olumsuz yorum yapmak mümkün olan bir ölüme bağlı tasarrufu, geçerli sayacak yoruma üstünlük tanır. Böylece mirasbırakanın son arzularının, ayakta tutulması sağlanmaya çalışılır¹⁹. Bir başka deyişle favor testamenti ilkesi, kanun hükmünün değil, ölüme bağlı tasarruf ile ortaya konulan irade beyanının yorumuna yönelik bir ilkedir²⁰. Medeni Kanunumuz favor testamenti ilkesini doğrudan düzenleyen bir hüküm taşımamaktadır²¹. Ancak bazı hükümlerin bu kural esasına göre düzenlendiği konusunda doktrinde görüş birliği vardır²². Bu hükümler, mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufta, kişinin veya şeyin belirlenmesi hususunda açık bir hataya düşülmesi durumunda gerçek arzu tespit edilebiliyorsa buna göre tasarrufun düzeltilebileceğini düzenleyen MK.m. 504/II hükmü ile çalışmamızın konusunu teşkil eden MK. m. 577/II'dir. Her ne kadar bu iki hüküm, favor testamenti ilkesinin kanunda düzenlenmiş özel uygulama halleri olarak kabul edilse de, ölüme bağlı tasarrufların yorumunda genel kurallar olarak da gözönünde tutulmalıdır²³.

¹⁸ *İmre/Erman*, 108 vd.; *Oğuzman*, 197 vd.; *Antalya, G.*, *Miras Hukuku*, İstanbul 2003.187 vd.; *Baygın*, 570 vd.

¹⁹ *Dural/Öz*, 215; *Tuor/ Schnyder*, 618; *Antalya*, 188-189; *Köprülü, B.*, *Miras Hukuku Dersleri*, İstanbul 1985, 226; *Serozan*, Yorum, 429; *Baygın*, 574; *Aksoy-Dursun*, 312.

²⁰ *İnan/Ertay/Albaş*, 269.

²¹ Alman Medeni Kanunu bu konuda bir hüküm taşımaktadır. BGB § 2084: “Bir ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin farklı şekillerde yorumlanması mümkünse, tasarrufun sonuç doğurmasına imkân veren yoruma öncelik tanınır.” Hükümün tercümesi için bkz. *Dural/Öz*, 214.

²² *Tuor/Schnyder*, 618; *Dural/Öz*, 215; *Oğuzman*, 199; *İmre/Erman*, 111; *Antalya*, 189; *Köprülü*, 227; *Baygın*, 575.

²³ *İmre/Erman*, 112; *Köprülü*, 228-229.

Bu yorum kuralının uygulanması, mutlaka mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufla ortaya konulmuş bir irade beyanını gerektirir. Zira amaç, şekle uygun olan ancak eksik ya da açık olmayan irade beyanını yorumlamaktır. Eğer şekle uygun olmayan bir irade beyanı varsa yorum yoluyla bu beyan ölümüne bağlı tasarrufa dahil edilemez²⁴. Aynı şekilde mirasbırakanın açıkça ortaya koyduğu iradesini değiştirmek, tamamlamak veya düzeltmek amacıyla bu yönteme başvurulamaz²⁵.

4. MK. m. 577/II Hükmünün Uygulanması

MK. m. 577/II hükmü açık bir düzenleme içerirse de uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek bir takım problemlerin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu çerçevede miras bırakılan topluluğun sınırlarının belirlenmesi, kazandırmanın ne şekilde paylaşılacağı, yapılan ölümüne bağlı tasarruf bir amaç öngörmüşse bunun nasıl sağlanacağı, vakıf kurmak suretiyle tahvilin hangi durumda yapılacağı ve vakfın nasıl kurulacağı hususları açıklanması gereken unsurlar olarak öne çıkmaktadır.

a) Miras Bırakılan Topluluk

Mirasbırakan, tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa kazandırmada bulunmaktadır. Kazandırma topluluğun tüm üyelerine yapılmış sayılır ve onlar tarafından doğrudan iktisap edilir²⁶. Mirasbırakanın böyle bir kazandırma yapmasında belirli bir amacı bulunmaktadır. Bu amaç sadece topluluk üyelerine bağışlama yapmak olabilir ya da bağışlamayla birlikte üyelere bir takım mükellefiyetler yüklenebilir. Bir başka deyişle, mirasbırakanın amacı sadece topluluğu oluşturan kişilere kazandırma yapmaksa, topluluğu oluşturan kişiler herhangi bir mükellefiyet olmaksızın kazandırmayı elde ederler. Ancak kazandırmayla birlikte bir mükellefiyet de öngörülmüşse (örneğin, mirasbırakanın ruhu için mevlit

²⁴ Oğuzman, 197; Dural/Öz, 215; Antalya, 189; İnan/Ertaş/Albaş, 269. Ölümüne bağlı tasarrufların şekline ilişkin kanun hükümlerinin de favor testamenti ilkesi çerçevesinde yorumlanması gerektiği konusundaki aksi görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 323; Serozan/Engin, 344,348; Serozan, Yorum, 430 vd.; Baygın, 583; Ergüne, 289.

²⁵ İmre/Erman, 111.

²⁶ Kocayusufpaşaoğlu, N., Miras Hukuku, İstanbul 1978, 530; Basler Komm. Art. 539, N. 14

okutulması gibi) bu durumda topluluk mensupları mükellefiyetli olarak kazandırmayı paylaşırlar²⁷. Mükellefiyetler kişileri aşan, sürekli bir amaca yönelikse o takdirde kazandırma vakıf olarak değerlendirilir (MK. m. 577/II).

Yapılan kazandırmanın topluluk üyelerince iktisabı, topluluğun kimler tarafından oluştuğunun belirli veya belirlenebilir nitelikte olması halinde mümkündür²⁸.

Belirlilikten kasıt topluluğu oluşturan kişilerin açık ve net biçimde ortaya konulmasıdır²⁹. Örneğin bir tiyatro topluluğu³⁰, bir ilkokuldaki kız öğrenciler veya belirli bir taburun askerleri³¹ gibi. Böylece topluluğu oluşturan kişilerin sayısı belirlenebilir ve bu kişiler arasında eşit bir paylaşım sağlanabilir. Zira topluluğu oluşturan kişiler sayıca belirli ise her birinin mirasçı olabilmesi mümkündür. O halde mirasbırakan, topluluğu oluşturan kişilerin her birinin ayrı ayrı mirasçı olmasını istiyorsa sınırlarını iyi çizmelidir³². Öyle ki bu sınırlar içinde kalındığında sayı olarak mirasçılar belirlenebilmelidir. Lehtarları yeterince netleştirilmemiş bir kazandırmada paylaşırma yapılamaz. Bununla birlikte genel bir belirlemenin yapıldığı, kişi sayısının muğlak olduğu kazandırmalar da tasarrufun geçersizliği sonucunu doğurmaz. Böyle durumlarda tasarrufu vakıf hükmünde yorumlamak gerekir. Örneğin yoksullara, hastalara yapılan kazandırmalar bu şekilde yorumlanabilir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi “cüzamlılar” lehine yapılan tasarrufu bu şekilde yorumlamıştır³³.

²⁷ Ergüne, 253.

²⁸ Kocuyusufoğlu, 530; İmre, 289; Serozan/Engin, 354; Basler Komm. Art. 539, N.13; Hrubesch- Millauer, S., Erbrecht, Zürich 2011, 132.

²⁹ Tuor/Schnyder, 635.

³⁰ Dural/Öz, 356.

³¹ Tuor/ Schnyder, 635.

³² Basler Komm. Art. 539, N.13.

³³ BGE 100 II 98. Yargıtay'ın 2. HD. 02.11. 1956, e. 5778/ K. 5388 sayılı kararında ise mirasbırakanın isimlerini belirttiği iki okulun yoksul öğrencilerinin bakımı için yaptığı vasiyeti, okulların tüzel kişiliği bulunmadığı için “vasiyetnamede ismi yazılı iki mektebe devam eden çocukların bakımlarına bir gayrimenkul tahsis olunduğu cihetle, eMK. m. 73 (MK. m. 101) gereğince müteveffiyenin bir tesis vücuda getirmek istediği

Bu topluluk, bir hastanede yatan hastalar, bir hukuk fakültesinin son sınıf öğrencileri, bir ilkokul veya bir caminin cemaati ³⁴ olabilir. Örneklerden de anlaşılacağı üzere bu tarzda yapılan bir kazandırmada

anlaşılmaktadır” şeklinde yorumlanmıştır. (Son İçtihatlar Dergisi, S. 112, s. 3171) karar için bkz. *Hatemi*, 273, dñn. 5; *İmre/Erman*, 289, dñn. 6. Hatemi, bu kararda Yargıtay’ın, mirasbırakan vasiyet ettiğini ifade etmiş olsa da kullanılan terime değil, onun amacına göre değerlendirme yapıldığını, burada eMK. m. 519/son (MK. m. 577/II)’a gidip tahvil yapmaya gerek olmadan, sadece amaç üzerinden favor testamenti bir yorum yapıldığını ifade etmektedir. Kanaatimizce MK. 577/II’nin açık hükmü karşısında zaten aynı sonuca varacak bir hükmü bırakıp, mirasbırakanın iradesini yorumlamaya gerek yoktur. Bu açıdan Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karara katılmıyoruz. Nitekim Hatemi de eMK. m. 519/son (MK. m. 577/II) uygulansa bile aynı sonucun ortaya çıkacağını belirtmektedir. *Hatemi*, 273.

³⁴ Yarg. 2. HD. 10.05.2001, E. 5921, K. 7312 sayılı kararına göre “Ehil olmayanlardan başka herkes vasiyet ile mirasçı veya lehine vasiyet yapılan kimse olabilir. Hükmi şahsiyeti olmayan bir cemaate muayyen bir gaye için vuku bulan teerrular, o gayenin temini şartı ile cemaati teşkil eden kimselere ait olur. Bu suretle gayenin temini kabul olmazsa o teerru, tesis (vakıf) addolunur (eMK. m. 519/3) (MK. m. 577/II). Medeni Kanunun 74. maddesi ikinci fıkrası gereğince vakfın tescili yahut vakfın gayesine göre teşkili mümkün olmadığı veya vakfa tahsis edilen mallar gayenin tahakkukuna yetmediği takdirde ... mallar ... mümkün mertebe gayece aynı olan bir vakfa tahsis olunur (eMK. 77/3). Muris kanuni veya mansup mirasçısına veya bir vasiyet alacaklısına belirli bir amacı elde etmek üzere bazı mükellefiyetler (bir şey yapma veya yapmama borcunu) yükleyebilir (eMK. 462). Mükellefiyette ön planda rol oynayan unsur amaçtır. Bu amacın arkasında ondan istifade eden kişiler de bulunabilir. Vasiyetname yorumlanırken murisin gerçek iradesinin açığa çıkarılmasına gayret gösterilmelidir. Yorum yapılırken mümkün oldukça muris arzularının ayakta kalmasına dikkat edilmelidir. Muris 21.9.1993 tarihli vasiyeti ile Gemlik Kuran Kursuna, eşine, İnegöl kuran kursuna muayyen mal vasiyetinde bulunmuştur. Vasiyetçi (gayesinin) amacının söz konusu kurslardan istifade edenlere destek sağlamak olduğu açıktır. Gayenin oluşmasında sorumlu kamu kuruluşunun kimliği önem taşımaz. O halde yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde olaya yaklaşmak bu gayenin gerçekleşmesi için tahsisin bir vakıf kurmaya elverişli olmadığı anlaşılrsa dahi mükellefiyet biçiminde kabulü ile murisin gayesini ve son arzularını ayakta tutmak gerekirken olaya uygun düşmeyen düşüncelerle de vasiyetnamenin iptali doğru bulunmamıştır. Öte yandan hükmüne uyulan 8.11.1999 tarihli bozma ilamında lehtarın Diyanet Vakfı olduğu açıklanmıştır. Bu kararın dahi davalı lehtar yararına usuli kazanılmış hak teşkil ettiği gözetilmeden "lehine vasiyet yapılan kuran kurslarının hükmü şahsiyeti olmadığından cemaat şeklinde adlandırılacak gruplara vasiyet yapılamayacağından" söz edilerek vasiyetin iptaline karar verilmesi yanlıştır. Medeni Kanunun 499 ve 500. maddesinde vasiyetnamenin iptali sebepleri sıralanmıştır. Lehtarın isminin yorumda belirlenebilecek biçimde gösterilmiş olması iptal sebepleri arasında yoktur. Bu yönde gözetilmeden iptal davasının kabulü kanuna aykırıdır.” (kazancı.com.tr).

topluluğun kimlerden oluştuğunu belirlemek güçtür. Şüphesiz mirasbırakanın aklında bazı düşünceler vardır ama eğer bunun anlaşılmasına yönelik bir irade ortaya koymamışsa tespit etmek daha da güçleşir. Ancak sınırlar belirlendiği sürece, hakim bu topluluğu oluşturan kişileri tespit eder. Örneğin, hastanede yatan hastalara bırakılan mirasta, mirasçıların belirlenmesi için hastane adının bulunup bulunmadığı, tüm hastaların mı sadece belirli bir serviste yatan hastaların mı kastedildiği ya da son sınıf hukuk fakültesi öğrencileri denildiğinde okulunu uzatanların da buraya dahil olup olmayacakları gibi hususlar ortaya çıkabilir. Bu hususların vasiyetnamenin bütünü yorumlanması suretiyle tamamlanması gerekir. Örneğin mirasbırakan tasarrufta bulunduğu sırada bir hastalıktan muzdaripse amacının o hastalığın tedavi edilmesini sağlayan servisteki hastalar olduğu kabul edilebilir. Ama tasarruf A hastanesinde yatan hastalar şeklindeyse kazandırma tüm servislerdeki yatan hastalara hasredilebilir. Çok gündeme gelen ve hala yargılaması devam eden bir olayda, mirasbırakan “Fatih itfaiyesi erlerine, müdüründen kapıcısına kadar” kazandırmada bulunmuştur³⁵. Vasiyetnamede, kendisini iki defa yangından kurtardığı için bu kazandırmayı yaptığını belirten mirasbırakan, böylece Fatih İtfaiyesi erlerini ve müdüründen kapıcısına kadar çalışanlarını kazandırmanın kapsamına almış, çerçeveyi belirlemiştir. Mahkeme bu kişileri tespit ederek, kazandırmayı aralarında eşit biçimde paylaştırmalıdır³⁶. O halde topluluğu oluşturan kişilerin çerçevesinin belirlenmesi önemlidir. Aksi halde sınırları belli olmayan sayıda kişilerin, mirasçılığının tespiti mümkün olmazdı.

³⁵ İmre/Erman, 112, dpn. 14.

³⁶ İmre/Erman burada, “tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa vasiyet yapılmış olduğundan ve ana para ile taşınmazın geliri bu topluluğu oluşturan kişilere paylaştırılmak gerektiğinden, vasiyetname geçersiz olmayıp, “favor testamenti” prensibinin özel bir düzenlemesi olan MK. m. 577/II uyarınca bu amacı gerçekleştirmeye yönelik bir vakıf kurulmuş sayılır.” görüşündedir. İmre/Erman, 112, dpn. 14. Kanaatimizce kazandırma yapılan topluluğu oluşturan kişilerin sınırları açık ve net olduğundan, kişi sayısı belirlenebilir olduğundan, vakıf kurmaya gerek kalmaksızın, kazandırma MK. m. 577/II uyarınca bu kişiler arasında paylaştırılmalıdır.

Mirasbırakanın mirasçıları net bir şekilde belirlenmiş bir topluluğa miras bırakabilmesi mümkün olduğu gibi, kimlerin mirasçı olduğu belirlenebilir bir topluluğa miras bırakabilmesi de mümkündür. Çerçeve mirasbırakan tarafından çizildiği müddetçe, bu durum tasarruf açısından bir problem teşkil etmez. Ancak mirasbırakan, topluluğu oluşturan kişileri belirleme yetkisini 3. kişiye bırakmışsa ölüme bağlı tasarruf geçerli kabul edilmemektedir³⁷. Zira ölüme bağlı tasarruf yapma, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır, temsil veya vekâlet yoluyla kullanılamaz³⁸. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında tasarrufun yorumundan belirlenebilir mirasçıların bulunmadığı ve mirasbırakılan topluluğun çerçevesini belirleme görevinin bir vasiyeti yerine getirme görevlisine bırakıldığı vasiyetnamede ZGB. Art. 539/II'nin uygulanamayacağına karar vermiş, vasiyetnamede yer alması gereken ve vasiyetçi tarafından kullanılması gereken iradenin bir başkasına bırakılması sebebiyle de vasiyetnameyi geçersiz saymıştır³⁹. Ölüme bağlı tasarruflarda 3. kişiye veya vasiyeti yerine getirme görevlisine bir takım yetkiler tanınmasına rastlanmaktadır. Vasiyetçi lehdarı açıkça belirlediyse, yerine getirme konusunda verilen seçim yetkisinin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. O halde 3.

³⁷ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 68 II 161 sayılı kararına konu olan olayda, bir kişi intifa hakkı tanıdığı bir başka kişiye malvarlığını bağışlamış, ancak bağışı, bu malları kendisi öldükten sonra Alsace bölgesindeki bir Katolik kiliseye veya İsviçre'deki yaşlı ve hasta papazların bakımını sağlayan bir kuruma yapması kaydıyla gerçekleştirmiştir. Malların hangi kuruma kalacağını seçimini de intifa hakkı sahibine bırakmıştır. Federal mahkeme bu kararında, topluluğun belirli olması konusunda bir problem olmasa da 3. kişiye bırakılan takdir hakkını, mirasbırakanın bizzat kullanması gerektiği, tasarruf yetkisi ile bu durumun bağdaşmayacağı gerekçesiyle, tasarrufun geçersizliğine karar vermiştir. Aynı yönde BGE 81 II 22.

³⁸ *İmre/Erman*, 290; Basler Komm. Art. 539, N. 13; Tuor/Schnyder, 570.

³⁹ BGE 81 II 22. Federal Mahkeme'nin kararına konu olan bu olayda, mirasbırakan hazırladığı vasiyetnamede, mirasını kızkardeşlerine, evlatlık kızına ve "Katolik papaz adaylarının eğitimi" için bırakıyor. Paylaşımın detaylarını, vasiyeti yerine getirme memurunun belirlemesini istiyor. Mahkeme, lehdarların yani Katolik papaz adayları ifadesinin, çerçevesinin açıkça ortaya konulmadığı, bunların kim olduklarının nerede eğitim alacaklarının belirlenmediği gibi belirleme görevinin de vasiyeti yerine getirme memuruna bırakıldığı, ayrıca mirasın miktarının da belirsiz olması sebebiyle ZGB Art. 539/II'nin burada uygulanamayacağı, mirasbırakanın bizzat kullanması gereken iradenin başkasına bırakılamayacağı gerekçesiyle bu vasiyetnameyi geçersiz saymıştır.(BGE 81II 22 S.33).

kişiler sadece mirasbırakanın amacının en iyi şekilde gerçekleşmesinin sağlanması ile sınırlı olarak müdahale edebilirler. Böyle bir müdahale ise ölüme bağlı tasarrufun geçerliliğini etkilemez⁴⁰. Bir başka deyişle ölüme bağlı tasarruftan yararlanacakların çerçevesi mirasbırakan tarafından yeterince belirgin çizilmeli, 3. kişiye seçim veya karar verme hakkı bırakılmamalıdır.

Topluluğu oluşturan kişilerin hangi ana göre belirleneceği hususuna gelince, bu konuda İsviçre-Türk Hukuku'nda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Alman Hukuku'ndaki mirasın açıldığı anda topluluğu oluşturan kişilerin kazandırma lehdarı sayılacağına ilişkin hükümden (BGB § 2071) yararlanılabileceği, mirasbırakan da aksini öngörmemişse, topluluğu oluşturan kişilerin mirasın açıldığı ana göre belirlenebileceği kabul edilmektedir⁴¹.

b) Kazandırmanın Paylaşılması

Miras, topluluğu oluşturan kişiler arasında eşit şekilde paylaşılır⁴². Bu yüzden topluluğu oluşturan kişilerin belirlenmesi önemlidir. Eğer topluluğu oluşturan kazandırmanın lehdarı, bir adi şirkette, şirket ortakları kazandırmaya elbirliği halinde sahip olurlar. Zira adi şirkette, şirket ortakları kanunen elbirliği şeklinde hak sahibidir⁴³.

Topluluğu oluşturan kişilerden her biri, hâkimin yapacağı tasarrufa ilişkin yorum doğrultusunda, kendine düşen miktarı veya vakfın tescilini dava edebilir⁴⁴.

c) Vakıf Kurulması

aa) Genel Olarak

Medeni Kanuna göre vakıf “gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır” (MK. m. 101). Bu tanıma göre vakıf üç

⁴⁰ BGE 100 II 98 S. 102-103; *İmre/Erman*, 390.

⁴¹ *Kocayusufoğlu*, 535, dñn. 17; *Dural/Öz*, 356; *Ergüne*, 254.

⁴² *Tuor/Schnyder*, 635; *Basler Komm. Art. 539*, N. 14; *Dural/Öz*, 356; *Ergüne*, 253.

⁴³ *Serozan/Engin*, 354; *Kocayusufoğlu*, 534.

⁴⁴ *Dural/Öz*, 357.

unsurdan oluşur: belirli bir mal, bu malın belirli ve sürekli bir amaca tahsisi ve tüzel kişilik⁴⁵. Şimdi bu unsurları kısaca açıklayalım.

Vakıfta mal unsurunu, bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar teşkil edebilir. Bu çerçevede taşınırlar, taşınmazlar, alacak hakkı, henüz gerçekleşmemiş kar payı, temettü ve faiz gelirleri, bütün olarak veya kısmen vakfedilebilir⁴⁶.

Tahsis edilen mallar vakfın amacını gerçekleştirmeye yetecek miktarda olmalıdır⁴⁷. Aksi halde mirasbırakanın farklı bir iradesi de bulunmuyorsa mallar, asliye hukuk mahkemesi tarafından denetim makamının görüşü alınarak benzer amaçlı bir vakfa tahsis olunur (MK. m. 107/III). Vakıflar meclisi, vakıfların kuruluş aşamasında amaçlarına göre tahsis edilecek asgari malvarlığını belirlemektedir (Vakıflar Kanunu, m. 5, m. 7).

Belirli ve sürekli bir amaç unsuru, vakfın kurulması açısından kanunen aranmaktadır. Zira amaç, vakfın varlığı için zorunludur. Bu amaç çerçevesinde vakıf teşekkül eder ve varlığını sürdürür⁴⁸. Amaç, vakıf kuran kişi tarafından serbestçe belirlenir. Genellikle kamu yararı veya üstün bir yararın, vakfın amacı olarak benimsendiği görülse de bu şart değildir⁴⁹. Amaç kanuna, ahlaka, milli menfaatlere aykırı bulunmamalı ve imkânsız olmamalıdır.

Amaç belirli olmalıdır. Bir başka deyişle yeteri kadar açık biçimde vakıf senedinde gösterilmelidir. Bu tahsis edilen malın ve malın hangi amaçla kullanılacağına gösterilmesi ile olur⁵⁰. O halde amacın ne olduğu

⁴⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 278.

⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 289; Velidedeoğlu, 246; İşeri, 62; Özsunay, E., Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982, 396; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 669.

⁴⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 289; Velidedeoğlu, 246; İşeri, 57; Özsunay, 394; Hatemi, H., Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969, 194. Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 669.

⁴⁸ İşeri, A., Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf, Ankara 1968, 35.

⁴⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 293; Velidedeoğlu, 247; İşeri, 38; Özsunay, 390; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 670.

⁵⁰ İşeri, 35; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 676

vakıf senedinden doğrudan doğruya veya yorum yoluyla anlaşılıyorsa, belli kabul edilir⁵¹. Nitekim MK. m. 107, vakfın amacı ve tahsis edilen mallar belirlendiği sürece, diğer eksikliklerin vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmeyeceğini düzenlemiştir. Amacın birden fazla olabilmesi, birbiriyle bağlantılı veya bağlantısız olması mümkündür hatta birbirini takip eden amaçlar şeklinde de kararlaştırılabilir⁵². Ancak anlamsız mantıksız amaçlar geçerli değildir.

Amaç sürekli olmalıdır, geçici nitelikteki amaçlar için vakfa ihtiyaç yoktur⁵³. Süreklilik unsuru daimi olmayı zorunlu kılmaz⁵⁴.

bb) Ölümüne Bağlı Tasarrufla Vakıf Kurulması

Bu şekilde vakıf kurulması, bir vasiyetname veya miras sözleşmesi ile gerçekleşir. Esas olarak vasiyetname ile bu işlem yapılsa da miras sözleşmesi ile vakıf kurulmasına da bir engel yoktur. Ancak miras sözleşmesi ile böyle bir işlem yapıldığında vakıf kurma tek taraflı içeriğe dâhildir, bir başka deyişle tek taraflı olarak bundan dönülebilir⁵⁵.

Ölümüne bağlı tasarruf ile vakıf iradesi farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Mevcut bir vakıf mirasçı atanabilir veya ona bir mal vasiyet edilebilir ya da bir yükleme olarak vakıf kurma iradesi ortaya konulabilir. Ancak yükleme yapılan kişinin kuracağı vakıf, sağ olan kişinin kuracağı vakıf niteliği taşır⁵⁶. Ölümüne bağlı tasarruf ile vakıf kurma ise mirasbırakanın ölümünden sonra, tahsis edilen malla tüzel kişilik kazanacak vakıftır⁵⁷.

⁵¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 297; Velidedeoğlu, 247; İşeri, 39; Özsunay, 387.

⁵² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 297; Velidedeoğlu, 247; İşeri, 36; Özsunay, 388. Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 676

⁵³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 298; Velidedeoğlu, 248; Özsunay, 389; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 676

⁵⁴ Oğuzman/Seliçi, 296; Velidedeoğlu, 48; Özsunay, 389; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, 676.

⁵⁵ İmre/Erman, 154; Dural/Öz, 162,163; İnan/Ertas/Albaş, 241, dpn. 5; İşeri, 77; Serozan/Engin, 318; Antalya, 170.

⁵⁶ Oğuzman, 182; Antalya, 170; Ergüne, 166.

⁵⁷ Ölümüne bağlı tasarruf ile vakıf kurulmasında iki ayrı işlemin bulunduğu, bunlardan biri ile tüzel kişilik kurulduğu, diğeri ile bu tüzel kişinin mirasçı atandığı veya ona mal vasiyet edildiği yönündeki görüş için bakınız; Kocayusufpaşaoğlu, 283; Köprülü, 201;

Vakıf kanuni şartlar gerçekleşince tüzel kişilik kazanır. Bu ise mirasbırakanın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesindeki sicile tescil ile olur (MK. m. 102/I). Bir başka deyişle vakıf, mirasbırakanın ölümü ile tüzel kişilik kazanmaz⁵⁸.

Vakfın tescilini kimin isteyebileceği konusu, MK. m. 102 ve Türk Medeni Kanununa Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğün 5. Maddesinde düzenlenmiştir. Medeni Kanun’a göre vakfın tescili, ölüme bağlı tasarrufa dayanıyorsa ilgililer, vasiyetnameyi açan sulh hakimi veya Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından re’sen yapılır. Tüzüğe göre ise ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakıflarda vakfedenin mirasçıları veya vakfeden tarafından mirası resmen idare etmekle görevlendirilen kişi (vasiyeti yerine getirme memuru) tescil talebinde bulunabilir. Vasiyetnamenin açılmasından itibaren 3 ay içinde tescil talebinde bulunulmamışsa başvuru Vakıflar Genel Müdürlüğüne yapılır.

Tescilin yapılması ile tüzel kişilik kazanan vakfa, mirasbırakanın tahsis ettiği mallar ve haklar, başka herhangi bir işleme gerek kalmadan geçer⁵⁹ (MK. m. 105/I).

cc) MK. m. 577/II ye göre Vakıf Kurulması

MK. m. 577/II hükmünün son kısmı, “amacın bu yolla gerçekleştirilmesine olanak yoksa, yapılan kazandırma vakıf kurma sayılır.” düzenlemesini ihtiva etmektedir. Böylece mirasbırakanın iradesi

Antalya, 171; *İnan/Ertaş/Albaş*, 243. Ölüme bağlı tasarruf ile vakıf kurmanın ayrı bir tasarruf olduğu, iki ayrı işlemden oluşmadığı, bu sebeple vakfın mirasçı olarak atandığı veya lehine vasiyet yapıldığından bahsetmenin isabetli bulunmadığı yönündeki görüş için bkz. *Oğuzman*, 182; *Dural/Öz*, 164; *Hatemi*, 182-183.

⁵⁸ *Oğuzman*, 182; *Dural/Öz*, 164; *Serozan/Engin*, 319.

⁵⁹ Ölüme bağlı tasarruf ile kurulan vakfın, kendine tahsis edilen malı hangi anda kazanacağı konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Mirasbırakanın ölümü ile vakfın tescili için geçen sürede, vakıf tüzel kişilik kazanmadığından, tahsis edilen malların vakfa geçişi, ceninin mirasçılığına benzetilerek çözülmekte ve vakfın geriye etkili olarak mallara sahip olacağı kabul edilmektedir. *Kocayusuflaşaoğlu*, 195; *İmre/Erman*, 155; *Serozan/Engin*, 319; *İnan/Ertaş/Albaş*, 242; *İşeri*, 115. Diğer görüş, kanunumuzda bu fikri destekleyecek yeterli hüküm bulunmadığından, vakıf tescil edilene kadar artmirasçılığa benzer bir durum bulunduğunu kabul etmektedir. *Oğuzman*, 184; *Dural/Öz*, 165; *Hatemi*, 182.

vakıf kurma sayılarak ayakta tutulmaktadır. Bu hüküm kanuni tahvile (çevirme, konversiyon) örnek teşkil etmektedir⁶⁰. Ölüme bağlı tasarrufla tahvil, favor testamenti ilkesine dayanır⁶¹.

Bu düzenleme ile süreklilik arz eden amaçların gerçekleştirilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Zira süreklilik taşıyan ve kişileri aşan amaçların, herhangi bir teşkilatı veya kişileri arasında herhangi bir bağıllığı bulunmayan, bir süre sonra dağılacak nitelik taşıyan kişi topluluklarınca gerçekleştirilmesi çok zordur⁶². Örneğin hukuk fakültesi son sınıf öğrencilerine her yıl bir etkinlik düzenlemek ve dergi çıkarmak üzere bir kazandırmada bulunulmuşsa, amacın gerçekleşmesi her yıl değişen son sınıf öğrencileri ile sağlanamaz⁶³ veya bir hastanede yatan hastalara yönelik kazandırmada, o hastanede yatarak tedavi gören hastalar sürekli değişiklik göstereceği için yapılan kazandırma ile amacın nasıl gerçekleştirileceği problemi ortaya çıkar. Böyle durumlarda amacın vakıf yoluyla gerçekleştirilmesi mirasbırakanın iradesini koruyabilmeyi sağlar. Bu irade, devamlılığını kaybetmeyen bir hukuk süjesinin yani bir tüzel kişinin mevcudiyetini gerektirir⁶⁴. Bunu sağlayacak tüzel kişilik de MK. m. 577/II'ye göre vakıftır.

Mirasbırakanın yapmış olduğu kazandırmada topluluğun çerçevesi belli değilse, soyut ve genel olarak ifade edilmişse bir başka deyişle sayıca belirlenemiyorsa, onun iradesini vakıf kurma olarak yorumlamak gerekir⁶⁵. Zira böyle bir durumda paylaşırma yapılamaz.

⁶⁰ Oğuzman, 199; Dural/Öz, 356; Ergüne, 251.

⁶¹ Oğuzman, 199.

⁶² Kocayusufoğlu, 530; Serozan/Engin, 354; Baygın, 579.

⁶³ Kocayusufoğlu, 530; Serozan, Yorum, 435.

⁶⁴ Kocayusufoğlu, 530

⁶⁵ Serozan/Engin, 354; Druey, 101. Yazar haklı olarak, İsviçre Federal Mahkemesinin 81 II 22 sayılı kararında kazandırmanın sınırları yeterince belirli olmadığı için tasarruf geçersiz sayılırken, 100 II 98 sayılı kararında sınırları yeterince belirli olmayan bir kazandırmanın vakıf olarak değerlendirildiğini, bunun bir yumuşama olduğunu ve doktrindeki yeni görüşlere uygun bulunduğunu ifade etmektedir. Böylece sınırları net çizilmemiş, genel olarak belirlenmiş topluluklar da kazandırmadan yararlanabilir. Ancak şu da bir gerçektir ki ilk kararda vasiyetin geçersiz sayılmasının tek sebebi kazandırmada bulunulan topluluğun sınırlarının yeterince belirlenmemesi değil, aynı zamanda

Bireyselleştirilemeyen, sayıca belirlenemeyen topluluk için bir paylaşırma yapabilmek mümkün değildir. Örneğin kanser hastalarına yönelik bir kazandırmada, topluluğun sınırlarını belirleyecek, çerçeveyi çizecek herhangi bir irade tasarrufla yer almıyorsa, mirasbırakanın iradesi vakıf kurma yoluyla değerlendirilir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, cüzamlılara yönelik bir tasarrufu vakıf kurma iadesi olarak yorumlamıştır⁶⁶. Sebep olarak çerçevenin yeterince belirlenmemesini göstermiştir. Zira belirlenebildiği takdirde grup üyeleri arasında paylaştırılabilir tasarruf, tespit yapılamadığında paylaştırılabilme ihtimalini kaybeder. Bu durumda mirasbırakanın iradesini ayakta tutabilmek için en iyi yol, tasarrufu vakıf iradesi olarak yorumlamaktır. Böylece mirasbırakanın iradesi amacına ulaşır, hatta yararlanacak kişiler çok soyut ve genel şekilde ifade edilse bile kazandırma uygulama imkânı bulur⁶⁷. Aksi halde grup üyelerinin belirlenmemesi, vasiyetin geçersizliği sonucunu doğururdu. Böyle bir yorum ise favor testamenti ilkesi gereğince iradenin ayakta tutulması ile bağdaşmazdı.

Vakıf kurma iradesi, topluluğu oluşturan kişiler belirlenemediğinde iradeyi ayakta tutar. Ancak MK. m. 577/II'de vakıf kurma olarak yorumlanırken bunu nasıl yapılacağı konusunda bir açıklık taşımamaktadır. Bu durumda MK.'nın ölüme bağlı tasarrufla vakıf kurulmasını düzenleyen MK. m. 526 hükmüne gitmek gerekir⁶⁸. Ancak bu yolla vakıf kurulması sürekli bir amaç ve yeterli miktarda tahsis

mirasbırakanın bizzat kullanması gereken seçim ve karar verme haklarının vasiyeti yerine getirme memuruna bırakılmasıdır.

⁶⁶ BGE 100 II 98. Bu kararda Federal Mahkeme, ölüme bağlı tasarrufla yer alan “evim yiğenlerim ve Riaz sakinleri dışında bir yabancıya satılsın, kalan paramı cüzamlılara veriyorum” şeklindeki iradenin açıkça belirleme imkanı olmadığı gerekçesiyle reddedilemeyeceğini, kazandıranın cüzamlı insanlara yapıldığını, sınırlar net olmadığı için cüzamlılar arasında eşit paylaşım yapılamayacağını, bu yüzden amaçlanan sonucun vakıf yoluyla sağlanabileceğine hükmetmiştir.

⁶⁷ Yoksullara vasiyet gibi lehdarları soyut ve genel tutulan kazandırmalar bu şekilde geçerli olur, *Druey*, 101. Bu tarz kazandırmaların hiç değilse ilgili kamu kurumuna yapılan bir kazandırma olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. *Serozan*, Yorum, 436; *Baygın*, 581.

⁶⁸ *Kocayusufoğlu*, 530; *Basler Komm. Art.* 539, N. 15.

edilmiş malları gerektirir. Ölüme bağlı tasarruf sürekli bir amaç taşııyorsa⁶⁹ (örneğin, bir yerin tamiri⁷⁰) veya tahsis edilen mallar amacı gerçekleştirmek için yeterli değilse⁷¹ yeni bir vakıf kurulamaz. Her ne kadar kanunda zikredilmemiş olsa da İsviçre ve Türk doktrininde böyle bir durumda mirasbırakanın amacına yakın bir amaç taşıyan, onun son iradesine hizmet edebilecek mevcut bir vakfa hatta kuruluşa kazandırmanın yapılması kabul edilmektedir⁷². Böylece yüksek bir amaç yeterli mal bulunmadığından gerçekleşme ihtimalini yitirmez ya da geçici amaçlar için tahsis edilen yüklü meblağ daha verimli kullanılabilir. Aslında Medeni Kanunumuzun sistemi böyle bir çözüme müsaittir. Zira MK. m. 107/III'göre amacı gerçekleştirmeye yetecek mal bulunmadığı

⁶⁹ Bir görüşe göre miras bırakılan topluluk belirli değilse veya belirlenebilir nitelik taşııyorsa, sürekli ve vakıf olarak yorumlamaya uygun bir amaç da bulunmuyorsa tasarruf geçersiz kabul edilebilir (*Tuor/Schnyder*, 635). Bir başka görüşe göre burada geçersizlik tartışılabilir, ancak favor testamenti ilkesinden hareketle somut olayın özelliklerine göre kazandırmayı, mirasçılar aleyhine yapılan bir yükleme veya mirasbırakanın amacına benzer faaliyetlerde bulunan kamu kurumuna yüklemeli kazandırma olarak ayakta tutmalıdır. Bu ihtimalde MK. m. 107/III'ün kıyasen uygulanması da düşünülebilir. (*Ergüne*, 257). Kanaatimizce sürekli amaç taşıma unsuru ile yeterli mal tahsis etme unsuru arasında bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Amaç tahvil yapmak suretiyle favor testamenti ilkesi uyarınca mirasbırakanın son iradesini korumak olduğuna göre bu halde de kazandırmayı benzer amaçlı mevcut bir vakıf veya kurum lehine yorumlamalıdır.

⁷⁰ Yarg. 6. HD. 16.09.1974, E. 3559, K. 3755 sayılı kararında, mirasbırakanın evini, ölümünden sonra satılarak, satış bedelinin “mahallemizde vaki olacak camii şerifinin onarım, mefruşat ve bakımına sarf edilmesini vasiyet ediyorum” şeklindeki iradesini “vakıf, başlı başına mevcudiyeti haiz olmak üzere, bir malın belirli bir gayeye tahsisidir. Gaye ise vakfın gelecek bütün zamanlara şamil olmak üzere düşünülen hukuki faaliyetini gösterir. Mezkur belgede, vakfın esaslı unsuru olan devamlı gaye belirtilmemiştir. ...Vakıf kavramına uygun bir tahsis de yapılmamıştır. Keza satış bedelinin devamlılık arz edecek şekilde zikredilen hususa tahsis edildiğine dair de bir irade beyan olunmamıştır.” Gereğesiyle vakıf olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.

⁷¹ 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 5'e göre yeni vakıfların kuruluşunda amaçlarına göre özümlenecek asgari malvarlığı her yıl meclisçe belirlenir. Vakıflar Meclisi'nin 22/12/2014 tarih ve 619/508 sayılı kararıyla; 2015 yılı için yeni vakıfların kuruluşunda amaçlarına göre belirlenecek asgari malvarlığı, 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 5. maddesi ile Vakıflar Yönetmeliği'nin 111. maddesinin (ğ) bendine istinaden 55.000.- (ellibeşbin) TL olarak belirlenmiştir.

⁷² *Tuor/Schnyder*, 635; *Basler Komm. Art. 539, N. 16*; *Hrubesch- Millauer*, 133; *Kocayusufoğlu*, 530; *Serozan/Engin*, 354; *Ergüne*, 258.

takdirde, vakıf senedinde veya mirasbırakan tarafından aksi de düzenlenmemişse aynı amacı taşıyan başka vakfa tahsis mümkündür. Böyle bir vakıf bulunmaması halinde ise kazandırma, aynı veya benzer amaçlı bir kamu kurumuna tahsis edilebilir⁷³.

5. Sonuç

MK. m.577/II hükmü, mirasbırakanın son iradesini ayakta tutabilmek için son derece önemli bir hükümdür. İsviçre Federal Mahkemesinin hükmün uygulanmasına ilişkin son derece ayrıntılı kararları bulunmasına rağmen hukukumuzda bu hükümle ilgili az sayıda karar bulunmaktadır. Ancak şüphesiz MK. m. 577/II hükmünü gündeme taşıyan, 1936 Türkiye Güzeli ve pratisyen doktor Mahmure Birsen Sakaoğlu'nun hazırladığı vasiyetnamede kendisi yangından kurtaran Fatih İtfaiyesine yaptığı kazandırma olmuştur. Bu vasiyetname ile ilgili dava süreci devam etmektedir.

Hükümün uygulaması ile ilgili, gerek Federal Mahkeme gerekse doktrin tarafından oluşturulan kıstaslar şöyledir: Tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi topluluğuna ölüme bağlı tasarrufla kazandırmada bulunulabilir. Eğer kazandırmada bulunulan topluluğun sınırları açık bir şekilde belirlenmişse, kazandırma topluluğun üyeleri arasında eşit şekilde paylaştırılır. Topluluğun sınırlarının belirlenmesi, kazandırmanın paylaştırılabilmesi bakımından önemlidir. Eğer bu çerçeveye belirlenemiyorsa yapılan kazandırma MK. m. 577/II uyarınca vakıf olarak ayakta tutulur. Kanunda bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte, vakıf kurma iradesi olarak yorumlanabilecek sürekli bir amaç yoksa veya tahsis edilen mallar amacı gerçekleştirmeye yetmiyorsa yeni bir vakıf kurulamaz. Ancak böyle bir durumda mirasbırakanın amacına hizmet edebilecek mevcut bir vakıf ya da kuruluşa kazandırmanın yapılabileceği kabul edilmektedir.

⁷³ BGE 100 II 98, S. 103; Basler Komm. Art. 539, N. 16; *Kocayusufoğlu*, 530; *Serozan/Engin*, 354; *Ergüne*, 258.

KISALTMALAR:

Art.	: Artikel
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Külliyyatı)
C.	: Cilt
Dpn	: dipnot
E.	: Esas
eMK.	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
HD.	: Hukuk Dairesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m	: madde
MK.	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
N	: Kenar numarası
S	: Sayı
s	: sayfa
vd	.. ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
Y.	: Yıl
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/ Ateş-Karaman, Derya:** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2009.
- Aksoy-Dursun, Sanem:** Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna İlişkin Bazı Düşünceler, İÜHFM, C. LXVI, S.2, Y. 2008, s.311-326.
- Antalya, Gökhan:** Miras Hukuku, İstanbul 2003.
- Baygın Cem:** Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu, AÜEHFD., C. 4, S.1-2, Y. 2000, s. 567-594.

- Dural, Mustafa/Öz, Turgut:** Türk Özel Hukuku, C: IV, Miras Hukuku, İstanbul 2012.
- Druey, Jean Nicolas:** Grundriss des Erbrechts, Bern 2002.
- Ergüne Serkan:** Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul 2011.
- Hatemi, Hüseyin:** Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas:** Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 2. Auflage, 2003 (Kısaltılışı: Basler Komm).
- Hrubesch- Millauer, Stephanie:** Erbrecht, Zürich 2011.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan:** Miras Hukuku, İstanbul 2011.
- İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/ Albaş, Hakan:** Miras Hukuku, İzmir 2012.
- İşeri, Ahmet:** Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf, Ankara 1968.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Miras Hukuku, İstanbul 1978.
- Köprülü, Bülent:** Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1985.
- Oğuzman, Kemal:** Miras Hukuku, İstanbul 1991
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe:** Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2009.
- Özsunay, Ergun:** Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982.
- Serozan, Rona:** Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım, Halid Kemal Elbir Armağanı, İstanbul 1996, s. 425-437.(Kısaltılışı: Serozan, Yorum).
- Serozan, Rona:** Medeni Hukuk Genel Bölüm, İstanbul 2008. (Kısaltılışı: Serozan, Medeni).
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkey:** Miras Hukuku, Ankara 2012.
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2002. (Kısaltılışı: Tuor/Schnyder).
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet:** Medeni Hukuk Şahsın Hukuku, İstanbul 1945.

DİLENCİLİK SUÇU

Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK*

“Bu zanaat bunun üzerine kurulmuştur. İşte, kim olursa olsun iste! Nerede olursan ol iste!...Kovul iste! Sövsünler, dövsünler yine iste!”¹

Özet

Dilencilik günlük yaşamda sık karşılaşılan bir sosyal sorundur. Modern toplumlarda dahi, yaygın bir biçimde görülmektedir. Günümüzde dilencilik, bireysel ahlaki kötülük olmaktan çıkıp, kadim bir meslek haline gelmiştir.

Dilencililiğin, ekonomik, sosyal, kültürel pek çok sebebi bulunmaktadır. Bu sebepler ortadan kaldırılmaksızın dilencilikle mücadele edilebilmesi mümkün değildir. Türk Hukuku’nda dilencilik eylemi ile hukuki alanda mücadele amacıyla iki farklı düzenleme getirilmiştir. Bunlardan ilki, dilencilik kabahati; ikincisi ise dilencilik suçu.

Dilencilik suçu ile, dilencilik kabahatini ayıran husus, dilencilik kabahatinde bireysel dilenme söz konusu iken; dilencilik suçunda, bir çocuk veya engellinin dilencilikte araç olarak kullanılmasıdır.

Çalışmamızda, ilk olarak dilencililiğin sosyal, kültürler ve ekonomik sebepleri ortaya konulacak, daha sonra Türk Ceza Kanunu’nun 229. maddesinde düzenlenen dilencilik suçu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Dilencilik suçu, dilenmek, kabahat, bağış, yardım, yoksulluk.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. fatihbirtek@hotmail.com

¹ “...O, yürürken ağlayarak sızlayarak el açıp dileniyordu. Bir şeyine dikkat ettim. Herkesten para istiyordu, hatta üstübaşı yırtık pırtık dilenciden farkı olmayanlardan bile para istiyordu. Yolun yarısında dayanamadım sordum. O başını salladı: - Bu “zanaat” bunun üzerine kurulmuştur. İşte, kim olursa olsun iste! Nerede olursan ol iste! Kovul, yine iste” Sövsünler, dövsünler yine iste! Böylece “zanaatın” “elifini” öğrenmiş oldum.” Çelebi, Mevlüt, Bir Dilencinin Anıları, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008, s. 161

THE CRIME OF VAGRANCY

Abstract

Begging is a common social problem in daily life. Even in modern societies, it is ubiquitous. In modern times, it has become an ancient profession from being an immoral act.

Begging has several reasons, including economic, social, and cultural. It will not be possible to fight with begging without dealing with these factors. Two different legislations are implemented in the Turkish Law to tackle begging. Firstly, begging as a minor offence. Secondly, begging as a criminal offence.

Individual begging is a minor offence in terms of Turkish Minor Offences Act (Article 33). The crime of vagrancy is regulated within the Turkish Penal Code (Article 229).

Both acts are distinguished in terms of begging style. Begging as a minor offence, regulates individual begging. On the other hand, the crime of vagrancy regulates begging via children or disabled people.

In our study, We will explain the cultural, social and economic reasons of begging and its impact on society. Hereafter, we will scrutinize to the elements of the crime of vagrancy within the article 229 of Turkish Penal Code.

Keywords: The crime of vagrancy, begging, minor offence, donation, monetary grand, poverty.

GİRİŞ

Dilenmek, “...toplumda yaşamını sürdürebilmek için sahip olması gereken ekonomik imkânlarla sahip olamadığı için veya aslında yoksul olmadığı halde kendisini yoksul göstererek ihtiyaç hissettiklerini elde etmek için ya da dilenmeyi bir hayat tarzı olarak benimsediği için, ekonomik imkânı olanlardan söz, yazı veya davranışlarla para veya eşya istemek” olarak tanımlanmaktadır².

² Vatandaş, Celalettin, Dilenciler ve Dilencilik (Sosyolojik Bir Araştırma), Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.4, S. 1, Y. 2002, s. 170,171. Türk Dil

Dilencilik, insanlık tarihiyle yaşıt bir “meslek” olup; yer ve zaman farkı gözetmeksizin hemen her toplumda görülen ve doğrudan insanların “merhamet” ve vicdan duygularını istismar ederek menfaat elde etmeyi temel ilke olarak benimseyen bir davranıştır³.

Dilencilğin arka planında, muhtaç insanların toplumsal dayanışmayla ihtiyaçlarının giderilmesi gibi makul bir gerekçe bulunsa da; dilenenlerin büyük çoğunluğu için dilenmek, muhtaç olmak ile bunu meslek haline getirip kolay yoldan hayatı devam ettirmek arasında ince bir çizgiyi ifade eder hale gelmiştir⁴.

Dilencilik, kültürdeki “iyinin ve iyiliğin kötüye kullanımı” olarak kendini gösteren ve gelenekte zuhur eden bir “ur”dur⁵. Bu yönüyle dilencilik “ahlaki bir kötülüğü” de ifade etmektedir⁶. Karşısındaki insanın merhamet damarını ortaya çıkarma, merhamet ve digergamlık hislerini sövmürmeyi amaç edinen, bunun için kendi çocuğunu ve –gerçeksebedensel engellerini/sakatlıklarını dahi araç olarak kullanmayı “meşru” görebilen, bu yönüyle insan onurunu hiçe sayan bu “meslek”; mücadele edilmesi gereken toplumsal bir sorun ve “utanç”⁷ haline gelmiştir.

Dilencilikle mücadelenin dini, sosyolojik, kültürel ve eğitim olmak üzere çeşitli boyutlara olmakla birlikte, hukuki alanda da bu “vakıa/olgu”

Kurumu’na göre dilenci, “Geçimini dilenerek sağlayan kimse”, “İsrarla ve arsızca bir şeyi isteyen kimse”; dilencilik ise, “sadaka istemek”, “Kendisini acındırarak bir kimseden bir şey istemek” olarak tanımlanmaktadır. Açıklama için bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts

³ Çelebi, s. 159.

⁴ Çelebi, s. 159; Tuna, Korkut/ Parin, Suvat, Kent Yaşamı ve Dilencilik: İstanbul Dilencileri Üzerine Sosyolojik Bir Araştırma, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008, s. 157.

⁵ Köktürk, Milay, Bir Bilinç Durumu Olarak Dilencilik, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008, s. 409.

⁶ Walsh’a göre dilencilik, aylıklık türünden bir suç olmakla birlikte, ahlaki bir bozulma olup, çoğu ciddi suç tipiyle de ilişkili bir eylemdir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Walsh, Tamara, “Waltzing Matilda One Hundred Years Later: Interactions Between Homeless Persons and the Criminal Justice System in Queensland” (2003) 25 Sydney Law Review p. 76 vd.

⁷ Munzer, Stephan R., “Beggars of God”, The Christian Ideal of Mendicancy, Journal of Religious Ethics, Vol. 27, Iss. 2, Y. 1999, p. 305.

ile mücadele edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, Kabahatler Kanunu’nun 32. maddesinde “dilenme” eylemi kabahat olarak düzenlenmiş ve Türk Ceza Kanunu’nun 229. maddesinde de “dilendirme” olarak tanımlayabileceğimiz eylem, suç olarak kabul edilmiştir.

Çalışmamızda, ilk olarak dilencilik suçunun meşruiyet temelini oluşturması hasebiyle, toplumsal bir vakıa ve kadim bir meslek olarak dilencilüğün tarihi gelişimi, sebepleri, dilencilerin kullandığı araçlar ve dilencilüğün toplum açısından oluşturduğu tehlike ortaya konulacak daha sonra, TCK m. 229 hükmünde düzenlenen dilencilik suçu, TCK’nin benimsediği suç teorisi esas alınarak unsurları itibariyle incelenecektir.

1. TOPLUMSAL BİR VAKIA OLARAK “DİLENCİLİK”

Dilencilik, toplumun kendi dinamikleri sonucunda ortaya çıkmış psiko-sosyal bir vakıadır. İnsanların zor durumda olan kimseleri, içerisinde bulundukları müşkül durumdan kurtarmak adına ve yardımseverlik ve digergamlık hislerinin baskın gelmesiyle “iyilik merkezli” bir eylem olarak ortaya çıkmış iken; zamanla muhatapları (dilenciler) açısından “iyiliğin sömürülmesi” emeline dayanan kadim bir “meslek” halini almıştır⁸.

Dilencilüğün bu kadar kadim bir meslek haline gelmesi, bu olgunun gündelik yaşamın doğal bir parçasıymış gibi, toplumun içine bizzat – dilenciler tarafından- inşa edilmiş olmasından ileri gelmektedir⁹.

Dilenci, “*ümit eden bir bilinçle*” hareket ettiğinden, “*ümit bittiğinde, dilenme de bitecektir*”¹⁰. Bu yönüyle dilenme yalın bir “isteme”

⁸ Munzer’a göre dilencilik, vicdana ve hislere hitap eden bir “*hayat tarzı*”dır. Munzer, p. 305.

⁹ Parillo, Vincent N./ Stimson, John/ Sitmon, Ardyth, Contemporary Social Problems, Second Ed. New York 1989, p. 10.

¹⁰ Köktürk, s. 404. Dilencilik mesleğinin kaynağı ve bu mesleği sürdürülebilir kılan en önemli etkenin toplumsal dinamikler olduğunu açıklayan en güzel örnek **1928 yılında** bir dilenci ile yapılan gazete mülakatında şu şekilde ortaya konulmuştur: “*12 yaşındayken babam ölmüştü, annem de hastalıktı. Mektebe gidemedim, zaten tembeldim, çalışmak istemiyordum. Konu komşu halimize acıdılar, beni bir demircinin yanına çıkar koydular. İş zordu, koca körüğü körüklemekten göz açmaya vakit bulamıyordum. Aldığım gündelik, yaşuma göre fena değildi ama durmadan dinlenmeden çalışmak gözümü yıldırmıştı. Annem*

eyleminden ibaret olmayıp; “ölçüsüzce ve hak etmediğini talep etmeye” dayanan bir “*bilinç*” durumudur¹¹. Kentlerde oluşan büyük kalabalıklar, dilenenlerin ümidini hep canlı tutmaktadır.

Heterojen ve pasif bir yapıya sahip olan kent yaşamının ilişki düzeyi düşük, gevşek ve zayıf bir temas alanı oluşturması ve sosyal yakınlığı kaybettirmesi sonucunda, dilenciler/dilencilik kentin gevşek ilişki ağı içerisinde yer bulmakta ve bireylerin davranışları sonucunda sürdürülebilir bir pozisyon kazandıktan sonra, kent aktörlerinin davranışları imkân tanıdığı ölçüde yaşamlarını devamlı kılmaktadır¹². Nitekim dilencilerin “*mekân*” olarak kentlerin kalabalık noktalarını (tren istasyonları, otogarlar, sokaklar, alt ve üst geçitler), özellikle cami önlerini seçmesi ve dini bayramlarda daha sıklıkla ortalıkta görünür olması bu devamlılığı canlı kılmaktadır.

Kent yaşamının kalabalıklığı ve kentte yaşayan kalabalığın –doğal olarak- homojen bireysel davranış tarzına sahip olmaması, dilencililiği sürdürülebilir kılmaktadır. Bu kapsamda dilenci, toplumun merhamet duygusuna hitap edecek farklı davranış tarzları da geliştirebilmektedir. Reşat Nuri’nin deyiimiyle, “*Dilencilikle merhamet başta geliyor. Sanatın*

de ölünce işi gücü bıraktım. Cebimdeki para ile iki üç gün yaşadım. Dördüncü gün açlıktan kıvranıyordum. Eski ustamın yanına gittim, başka çırak aldığı için beni kovdu. Nereye gittimse hep “çalış” dediler.

Yine bir akşam iş aramaktan dönüyordum, yorgunluktan kaldırıma çökmüştüm. Boynu bükük oturuyordum. Birden bire önüme bir guruh düştüğünü gördüm... Başımı kaldırdım, parayı atan adam sakın sakın gidiyordu. Bu havadan gelen guruh beni bu yola sevk etmişti. Öyle ya, sessiz sedasız otururken para gelirse, el açmak biraz da ağlar gibi yalvaracak olursan, guruhlar yağmur gibi yağacaktı. Yürümeden, yorulmadan para kazanmak az keyif mi? Artık ben, tam işimi bulmuştum.” “Bir Dilencinin Hatıraları”, Arkadaş. No: 14, 26 Eylül 1928. Mülakat ve tespitler için bkz. Çelebi, s. 160.

¹¹ Köktürk, s. 399.

¹² Tuna/Parin, s. 147. Nitekim yapılan bir araştırmada, dilencilere yardım etmenin nedenleri araştırıldığında, sevap olduğu için yardım edenlerin %39 ile ilk sırayı aldığı, kazadan/beladan korunma gayesinin %12 ile ikinci sırayı ve dini bir ay/gün olması ise %11 ile üçüncü sırayı aldığı ortaya çıkmıştır. Araştırmanın sonuçları için bkz. Vatandaş, Celalettin, Toplumsal Bir Değer Olarak “Yardımlaşma” ve “Dilenciler”, Afyon Kocatepe Üniversitesi SBE Dergisi, C.5, S. 1, Y. 2005, s. 157 vd.

*bütün inceliği, o (iyilik) damarını yakalayıp derin derin sızlatmakta yatmaktadır*¹³.

Bu nedenledir ki, iyilik damarını yakalayıp derin derin sızlatmak için, çoğu zaman dilencilikte kadınlar “anne” rolünü; erkekler “yaşlılık” olgusunu ön plana çıkarmakta, “çocuk” figürü ise, dilencilığe önemli bir boyut getirmekte, avantaj sağlamakta¹⁴ ve “dilenme ümidini” canlı tutmaktadır.

Dilencilik bazen, salt dilenme olarak karşımıza çıkarken bazen de, bir kadın, çocuk ya da engellinin (ya da engelli zannedilen bir kimsenin) kağıt mendil ya da çiçek satma görüntüsü altında “gizli ya da dolaylı” bir tarzda karşımıza çıkmaktadır. Örtülü dilenme olarak tanımlanan dolaylı dilenme, yardımsever kimse bakımından “bu kişi çalışıyor, bu dilenci değil” algısı oluşturup, sunulan hizmet bedelinin üstünde bir miktarın elde edilmesiyle sonuçlanmaktadır^{15,16}.

Hiç şüphesiz dilenmenin bu kadar yaygın, olağan ve sıradan kabul edilmesi, toplumsal psikoloji açısından da irdelenmesi gerekmektedir. Nitekim çoğu popüler hale gelen, bilgi, şarkı söyleme, oyunculuk ya da dans yarışmalarında dahi, yarışmacıların programın sonuna kadar devam edip, hak ettiklerini alıp gitmek yerine sunuculara “yalvarır” hale gelmesi; bu türden yarışmalarda, bilgi ve yeteneğin değil, acıklı hikâyelerin ve acındırma yeteneğinin ön plana çıkarılmasının toplumsal

¹³ Güntekin, Reşat Nuri, Miskinler Tekkesi, İnkılap Kitabevi, İstanbul, t.y., s. 73.

¹⁴ Nitekim İstanbul’da yakalanan dilencilerden **kadın olanların % 47’si**; erkek dilencilerin ise, % 8’inin **çocukla dilenirken** yakalandığı ortaya çıkmıştır. Açıklama için bkz. Tuna/Parin, s. 152, 153.

¹⁵ Vatandaş’a göre, bu türden dilenme “bir hizmet karşılığında para isteyerek veya verileni reddetmeyerek”, “örtülü dilenme”dir. Vatandaş, Dilenciler ve Dilencilik, s. 175.

¹⁶ Dilencilik türleri şu şekilde tasnif edilmektedir: Dini sebeplerle dilenenler, dini kötüye kullananlar, göçebe dilenciler, fiziksel engeli olmayan dilenciler, bedensel engeli nedeniyle çalışmadığı için dilenenler, engelliler, çocuk dilenciler, meslekten dilenciler, yarı zamanlı dilenciler. Sınıflandırma için bkz. Wassan, Aijaz/Khuro, Ali Sajjad, Beggary in District Sanghar: A Sociological Analysis of Sahahdarpur, Tandoadam anda Sinjhor Subdivisions, New Horiznos, V. 5, N.2, Y. 2011, s. 29 vd.

bir “*dilencilik psikolojisi*” oluşturduğu da haklı olarak dile getirilmektedir¹⁷.

2. DİLENCİLİĞİN SEBEPLERİ

Toplumsal bir sorun olan dilencilikğin pek çok sebebi bulunsa da temel sebepler olarak, yoksulluk, işsizlik ve marjinalleşme gösterilmektedir¹⁸.

Büyük yerleşim yerlerinde, kent yaşamı içerisinde oluşan hiyerarşik ilişkiler sebebiyle, önceden gelenlerin sonrakilere devrettiği “*nöbetleşe yoksulluk*” olgusunu ortaya çıkarmıştır¹⁹. Bu olgu içerisinde, dilencilik bir meslek olarak değil de, dilenmek istemedikleri halde, çok yoksul ve çaresiz oldukları için dilenmek zorunda kalanlar “*yoksullar*” sınıfına dâhil edilmelidir²⁰.

Öte yandan, büyük yerleşim yerlerinde (kent yaşamında) bedeni çalışmayla arzu edilen (asgari) yaşam standardına ulaşılmasının mümkün görülmemesi ve meşru zeminde iş bulma imkânının darlığı ve nihayet iş ve çalışma koşullarının ağırlığı, dilencilikği rastgele bir olgu olmaktan çıkarıp bilinçli bir tercih ve hatta bazen düşük gelirli kimseler için “*ek gelir kapısı*” haline getirmektedir. Bu grupta yer alanlar, “*gönüllü dilenci*”²¹ olarak adlandırılabilir. Sözü edilen toplumsal ve bireysel sebeplerle birlikte, ekonomik getirisinin yüksekliğinin (ve buna mukabil

¹⁷ Yılmaz, Elif, Gizli Dilenciler: İstanbul’da Sokakta Çalıştırılan Çocuklar, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008, s. 201. Coşkun/Erkilet’e göre, modern toplumlarda ortaya çıkan sorunlu alanlarda biri de internette artan dilencilik olgusudur. *E-dilencilik*, çeşitli kumar ve poker sitelerinde, chat odalarında oyuna devam edebilmek için ve kazanınca ödenmek üzere para talep etmek şeklinde ifade edilmektedir. Coşkun, İsmail/ Erkilet, Alev, İstanbul Halkının Dilencilik Olgusuna Bakış Açısı, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yay. N. 2020-15, İstanbul 2010, s. 26.

¹⁸ Özer, Yunus Emre/Yontar, İbrahim Güray, Dilencilik Olgusu, Kent Güvenliği İlişkisi ve İzmir Büyükşehir Bütününde Dilencilikle Mücadele, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008, s. 249.

¹⁹ Yılmaz s. 195.

²⁰ Vatandaş, Dilenciler ve Dilencilik, s. 182. Dilencilikğin sınıflandırılması için bkz. Özer, Yunus Emre/ Yontar, İbrahim Güray, Kent Güvenliğini Tehdit Eden Bir Unsur Olarak Dilencilik, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Kış 2013, C. 12, S. 43, s. 241 vd.

²¹ Munzer, p. 306.

emek sarf edilmemesinin) de teşvik edici etkisiyle bireyler dilencilığe yönelebilmekte ve dilencilığı kolay para kazanma yolu olarak görebilmektedir²². Bu türden dilenciler için dilenmek, olağanüstü güzel bir yaşam biçimidir²³.

Bir alan araştırmasında ortaya konulduğu üzere, yoksulluk nedeniyle dilencilik yapanlar, dilencilığı hırsızlık ya da sair malvarlığına karşı suçlara nazaran bir tercih ve *ehveni şer* olarak görür iken; dilencilik yapanların % 70-80'lere varan bir kısmının dilencilığı “*meslek*” olarak seçmekte ve “*maaşsız memurluk*” olarak görmektedir²⁴.

Sözü edilen açıklamalardan ve bu alanda yapılan sosyolojik çalışmalardan hareketle, günümüzde yaygın olarak görülen dilencilığın çok büyük bir kısmının yoksulluk kaynaklı olmayıp; dilencilığın meslek olarak kabul edilmesiyle ilgili olduğu rahatlıkla söylenebilecektir.

Dilencilığın bir diğer temel sebebi de, marjinalleşmedir. Özellikle, toplumun dışına itilen ve herhangi bir katmanda ekonomik olarak yer edinemeyen ve psiko-sosyal nedenlerle kendilerini yaşama tutunamayacak derecede güçsüz gören kimseler²⁵ dilencilığı yaşama tutunma noktası olarak görmektedir. Evlilik dışında çocuğu olanlar (bu nedenle sosyal

²² Vatandaş, Dilenciler ve Dilencilik, s. 172. İmam-ı Gazali'ye atfen, dilencilik, hırsızlık ve yol kesme eylemlerinin ortak noktasının, emek sarf etmeksizin mal edinmek maksadıyla insanların malına saldırmak olduğunu belirtilmektedir. Nakledildiğine göre, Gazali'nin tespiti kapsamında, bu üç eylemi ayıran şey “*cesaret*”tir. Dilencinin hiçbir cesareti yoktur. Hırsız ise, bazı tehlikeleri olmak ve onları göze almakla birlikte insanlardan gizlice aşımaya çalışır ki, onda biraz cesaret vardır. Yol kesiciye gelince, o en caseretlisidir ve açıkça insanların karşısına dikilerek gerektiğinde güç kullanarak insanların parasını ve malını gasp eder. Referans için bkz. Yeniçeri, Celal, İslam Öğretisinde Çalışıp Kazanma/Kesb İlkesi ve Emeksiz Kazanç Peşine Düşme Olarak Dilencilik ve Benzerlerine Bakış, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008, s. 283, dn. 66.

²³ Munzer, p. 323.

²⁴ Vatandaş, Dilenciler ve Dilencilik, s. 179. Sözü edilen çalışmada ortaya konulan şu vakia ise, dilencilığın meslek olarak itihat edildiğinin en açık kanıtıdır. “...*K'lılar (dilencileriyle ün salmış bir köy) arasında, yurt dışında, özellikle de Almanya'da çalışanlar var. Bunlardan birçoğu izinlerinde Türkiye'ye geldiklerinde de –eski günleri yâd etmek için- dilenmeye gidiyorlar*”.

²⁵ Özer/Yontar, Dilencilik Olgusu, s. 247.

yardımlarla hayatını idame ettirmek durumunda olanlar), kimsesizler/sokak çocukları, evsizler, alkol bağımlıları ve sokak suçluları bu grup içerisinde değerlendirilebilir²⁶.

Dilencililiğin merhamet ve acıma duygularına hitap ettiği ve dilencilerin de bu hislere hitap etmek için her türden sömürü aracına (hastalık, bendensel engeller, çocuklar, açlık, maneviyet vs.) başvurduğu; dilencilere yardım eden pek çok kimsenin de “sevap kazanmak” veya “belayı def’etmek” ya da “isteyeni geri çevirmemek” için bu yardımı yaptığı²⁷ nazara alındığında dilencilik ile maneviyat ya da “din” ilişkisinin ortaya konulması gerekmektedir.

Kur’an’da “*İnsan için kendi çalıştığından başkası yoktur*”²⁸ ayetiyle (Necm 53/39) mü’minler kesb’e (maddi ya da manevi bir emek ile elde edilen kazanca) yönlendirilirken; Allah’ın Elçisi de, “*İnsan için kendi çalıştığından başkası yoktur*” diyerek (Buhari, Buyu 15), insanların bizzat kendi çalışmalarının karşılığı olarak kazandıklarını harcamasının/yemesinin daha hayırlı olduğu beyan etmiştir²⁹. Kur’an ve hadisler, insana çalışmayı emretmiş ve iki günün eşit (müsavi) olmasını zarar/hüsran olarak kabul etmiştir. Çalışmamak ya da tembellikten kaynaklanan fakirliği meziyet kabul etmek İslam’ın izzetine ters düşer³⁰.

Dilencililiğin haysiyet kırıcılığı ve gerçek ihtiyaçlarını sunamayan insanların durumu Kur’an’da (Bakara, 2/73) şu şekilde anlatılmaktadır: “*Zekât ve sadakalar kendilerini Allah yoluna adanmış yoksullar içindir ki, onlar yüzünde (kazanç için) dolaşmaya güç yetiremezler. Bilmeyenler iffetlerinden dolayı onları varlıklı sanır. Sen (Resulüm), onları*

²⁶ Marjinalleşme hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Aytaç, Ömer/Akdemir, İlhan Oğuz, “Türkiye’de Yeni Kentli Yoksulluk Sorunu”, Yoksulluk (2. Cilt), İstanbul 2003, s. 53 vd.

²⁷ Buyrukçu, Ramazan, Dilencililiğin Yaygınlaşması ve Önlenmesinde Dini Anlayışların ve Diyanet İşleri Başkanlığı’nın Rolü, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008, s. 287; Özer/Yontar, Dilencilik Olgusu, s. 249.

²⁸ Necm, 53/39

²⁹ Yeniçeri, s. 261.

³⁰ Çakan, İ. Lütfi, Dünya Hayatına Karşı Müslümanların Tutumları, Diyanet Dergisi, C. 16, S. 1, Yl. 1975, s. 10.

simalarından tanırsın; çünkü onlar yüzüzlük edip insanlardan bir şey istemezler. Yaptığınız her hayrı Allah muhakkak bilir.”³¹

Gerçekten mahrum kalan kimselerin asli ihtiyaçlarını zekat³² veya gönüllü kurum ve kuruluşlardan yahut uygun görülen kişilerden (her önüne gelenden değil) talep etmesi dilencilik olarak nitelendirilemez³³.

3. DİLENCİLİĞİN TOPLUM YAŞAMINA ETKİSİ

Dilencililiğin meslek edinilmesinin önemli bireysel ve toplumsal etkileri söz konusudur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, dilencililiği meslek edinen kimseler “*insan onuru*” denilen olguyu köreltmektedir³⁴. Bunlar için tek önemli şey, muhatabından maddi bir şeyler “*koparmak*” olduğu için, muhatabının merhamet damarına dokunmak için her türden yöntemi kullanmaktan ve hatta kendi çocuklarını istismar etmekten geri durmazlar³⁵.

Dilencililiği meslek edinen kimse, dilenme eylemini bizzat kendisi yapabileceği gibi; kendi çocuğunun fitraten şefkate muhtaç oluşunu,

³¹ Nitekim Duha Suresi’nde (Duha, 93/8,9) yer alan “Öyleyse yetimi sakın ezme, isteyeniyi azarlama” ayeti, zor durumda olanlara yardım edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayet-i Kerime, dilencililiği meslek edinen kimselerden bahsetmemektedir. Açıklama için bkz. Sancaklı, Saffet, Dilencilikle Mücadelede Başarılı Olmak İçin Dini Referanslar Kullanmanın/Dinin Motivasyonundan Yararlanmanın Önemi, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008, s. 314.

³² Dilenci ise, zekât değil, sadaka dilenmekte ve her önüne gelenden istemektedir. Açıklama için bkz. Yeniçeri, s. 272.

³³ Yeniçeri, s. 272. Nitekim Allah’ın Elçisi, “*Dilenmek yüz karasıdır, kişi dilenmek suretiyle kendi yüzünü lekeler, sadece devlet başkanından hakkını istemesi ya da zaruret sebebiyle dilenmesi böyle değildir*” (Tirmizi, Zekat 38; Nesai, Zekat, 93); “*Kim yanında yetecek malı olduğu halde dilenirse kendisini ateşe götürecek şeyi çoğaltmış olur*” (Ebu Davut, Zekat, 24) buyurmuştur. Hanefi mezhebine göre, cesedini örtecek elbise ile o günün azığına (yiyeceğine) malik olan kimsenin dilenmesinin helal olmadığı ve dilenmenin (bir başkasından istemenin) hangi durumlarda caiz olduğu ve usulü hususunda bkz. Miras, Kamil, Sahih-i Buhari Mahtasarı Tecrid-i Sarih Tercümesi ve Şerhi, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1973, 5. Cilt, s. 91 vd.; Sancaklı, s. 318 ve dn. 99.

³⁴ Karacoşkun, Mustafa Doğan, Bir İstismar Yolu Olarak Dilencilik –Sivas Örneği-, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008, s. 216; Gedik, Ömer, Dilencililiğin Türk Pozitif Hukukundaki Yeri, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008, s. 568

³⁵ Karacoşkun, s. 216.

eşinin veya kızının “anne” rolünü ve hatta yaşı ilerlemiş yakınlarının (anne-baba vs.) acizliğini kullanmak suretiyle “dolaylı” yoldan da yapabilmektedir. Nitekim büyükşehirlerde vaki olan dilencilik çetelerinin sayısının çokluğu bunun en önemli delilidir. Toplumda dilencilikle ilgili rahatsızlık doğuran temel sebepler, dilencilerin göründükleri gibi olmamaları, insanların duygularını sömürmeleri ve organize bir şekilde faaliyet göstermeleri olarak gösterilmekte³⁶ ve bu sorun ile mücadele edilmediği takdirde onarılamayacak sosyal tahribatın gerçekleşebileceği ifade edilmektedir³⁷.

Çocukların “selpağa gitmek” adı altında “sözde” çalıştırıldığı ve bu sırada insanların merhamet duygularını istismar etmek suretiyle çoğu zaman sattıkları (ve hatta insanların sadece parayı vermek suretiyle satılan şeyi almaması nedeniyle “satmadıkları”) kağıt mendil ya da çiçeğin bedelinin çok üstünde bir bedel talep etmeleri/almaları, çocukların aileleri tarafından dilencilik yaptırılarak sömürülmesine/istismarına zemin hazırlamaktadır³⁸.

Dilenci kendisi köleliğin bir çeşidini sergileyen “özgür (sahte) bir köle” olduğu gibi³⁹; bir başkasını dilencilığe sevk eden kimse de, sorumluluğu altındaki (bakmakla yükümlü olduğu) eşini, çocuğunu ya da anne babasını gerçek bir köleye dönüştüren “zorba”dır.

Kanaatimizce, bir kimsenin bireysel olarak dilenmesi “ahlaki kötülük” olarak görülebilir iken⁴⁰; bir başkasının dilencilikte araç olarak kullanılması ya da bir başkasının dilencilığe zorlanması “gizli bir sömürü/istismar ya da bir tür köleleştirme” olarak kabul edilebilir.

³⁶ Özer/Yontar, Dilencilik, s. 243.

³⁷ Walsh, Tamara, Defending Begging Offenders, QUT Law & Justice Journal, V. 4, N. 1, Y.2004, p.. 58.

³⁸ Çocukları dilencilğine sürükleyen sebepler ve dilencilik suretiyle çocuk sömürüsü hakkında sosyolojik bir araştırma için bkz. Yılmaz, s. 194 vd.

³⁹ Köktürk, s. 402.

⁴⁰ Nitekim Yargıtay, haciz işlemi sırasında haciz memurlarına karşı sarfedilen “Dilenciler...” ifadesini, şeref ve saygınlığı zedelediğinden bahisle, hakaret niteliğinde görmüştür. (Yargıtay 4. HD, 03.07.2002 tarih, E. 2002/4163 ve K. 2002/8410)

Dilencilik başlangıçta yoksulluk üzerine bir “*kültür*” olarak değerlendirilirken⁴¹; günümüz toplumlarında kamu düzenini tehdit eden ve çoğu ciddi suçun işlenmesine zemin hazırlayan toplumsal bir vakıa haline gelmiştir.

Çıkar amaçlı suç örgütleri dilencililiği bir çıkar kapısı olarak görmekte ve dilencilikte araç olarak kullanılan çocuklar/kadınlar, ekonomik sömürü (zorla çalıştırma)⁴², insan ticareti⁴³, organ ve doku ticareti, cinsel kötüye kullanım⁴⁴, fuhuş, uyuşturucu madde ticareti gibi eylemlere karşı korumasız (suistimale açık) bırakılmaktadır.

4. DİLENCİLİK SUÇU (TCK m. 229)

Toplumsal bir vakıa haline gelen dilencililiğin bireysel, psikolojik ve toplumsal yönünü açıkladıktan sonra, pozitif hukukun dilencililiğe ilişkin hükümlerini inceleyerek kanun koyucunun bu konuya bakışının da ortaya konulması gerekmektedir.

Bu nedenle, ilk olarak dilencilik eylemine ilişkin tanım tartışmalarına değindikten sonra, mevzuatın farklı yerlerinde bulunan ve dilencilik eylemine ilişkin olan hükümleri ele aldıktan sonra, dilencilik suçunu unsurları itibariyle inceleyeceğiz.

I. Dilencililiğin Tanımı ve Dilencililiğe İlişkin Düzenlemeler

Dilencilik eylemine ilişkin olarak hukukumuzda çoğu kanunda hüküm bulunmakla birlikte, dilencililiğin tanımı konusunda tam ve açık bir hüküm bulunmadığı dile getirilmiştir⁴⁵. Oysa halen yürürlükte bulunan

⁴¹ Özer/Yontar, Dilencilik Olgusu, s. 256.

⁴² Aydın, Hakan/ Gündüz,Veyssel, Çocuk Güvenliğinin Sağlanmasında Yerel Yönetimlerin Rolü: “Taş Atan Çocuklar” Sorunu, Türk İdare Dergisi, S. 468, Eylül 2010, s. 23: Göç Vakfı, İnternet Medyası Çocuk Hak İhlali İzleme Raporu 2012, Türkiye 2012; Çocuklar Sadece Hak İhlallerinden Pay Aldı, s. 97, 99; Özer/Yontar, Dilencilik, s. 244 vd; Tutkun, Ömer F./ Koç, Mustafa, Çocuk Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye’de Çocuk Haklarına Yönelik Çalışma ve Yasal Düzenlemeler, Ege Eğitim Dergisi, C. 3, S. 2, Y.2003, s. 19.

⁴³ Arslan, Çetin, İnsan Ticareti Suçu (TCK md. 201/b), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 4, Y. 2004, s. 20

⁴⁴ Yalçın, Nur, Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Çözüm Önerileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Projesi, İstanbul 2011, s. 95.

⁴⁵ Gedik, s. 565.

1897 tarihli Tese'ülün Men'ine Dair Nizamname'nin 9. maddesinde, dilencililiğin (tese'ülün) tanımlandığını görmekteyiz⁴⁶.

Nizamname'de yer alan tanıma göre dilenci, "*işe ve güce muktedir olduğu halde*" bir başkasından maddi talepte bulunan kimsedir. İşe ve güce muktedir *olamayan* bir kimsenin bir başkasından maddi bir talepte bulunma eylemi, sözü edilen Nizamname kapsamında dilencilik olarak kabul edilemeyecektir.

Dilencilik eylemine ilişkin yasal düzenlemeler incelendiğinde bunların iki gruba ayrıldığını söyleyebilmek mümkündür. Bunlar, maddi yaptırım öngören yasal düzenlemeler ve herhangi bir maddi yaptırım öngörmeyen düzenlemelerdir.

Kabahatler Kanunu ve Türk Ceza Kanunu ilk grupta yer alan ve dilencilik eylemine maddi yaptırım öngören kanunlar içerisinde yer almaktadır. Kabahatler Kanunu'nun 33. maddesi dilencilik eylemini (bireysel/doğrudan dilencilik) kabahat olarak düzenlemiştir⁴⁷.

Maddi yaptırım öngören ikinci düzenleme ise, dilencilik suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 229. maddesidir⁴⁸.

46 Yine, dilencililiği bir kabahat (cünha) olarak tanımlayan mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 544. maddesinde de, tıpkı Tese'ülün Men'ine Dair Nizamname'de olduğu gibi, dilencililiğin "*Çalışmaya muktedir olduğu halde dilencilik*" etmek olarak tanımlandığını görmekteyiz.

⁴⁷ **Dilencilik**

Madde 33 - (1) Dilencilik yapan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, dilencilikten elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.

(2) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve elkoymaya kolluk veya belediye zabıta görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülkî amir veya belediye encümeni karar verir.

⁴⁸ **Dilencilik**

Madde 229- (1) Çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçun üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

Kanun koyucunun “dilencilik” eylemini kabahat olarak düzenlerken; “*çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanma*” eylemini suç olarak kabul etmesinin sebeplerine değinmek gerekmektedir.

Bilindiği üzere, yasamanın genelliği ilkesi uyarınca bir eylemin suç olarak düzenlenip düzenlenmeyeceği konusundaki takdir, yasama organındadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 27.03.2014 tarih, E. 2013/128 ve K. 2014/66 sayılı kararında da belirtildiği üzere⁴⁹: “...Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda kimlerin hangi eylemlerinin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir...”⁵⁰.

Kanun koyucunun “bireysel (doğrudan) dilenme” eylemi yönünden, yukarıda zikrolunan Anayasa Mahkemesi’nin kararında yer alan, “**ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyaseti**” kriterlerini esas alıp almadığının anlaşılabilmesi için öncelikle hükümlerin konuluş amacını (ratio legis) ortaya çıkarmamız gerekmektedir. Bu kapsamda, ilk

⁴⁹ 12/9/2014 tarih ve 29117 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi’nin, 9.4.2014 tarih, E. 2014/38 ve K. 2014/80 sayılı kararına göre de: “Kanun koyucunun, Anayasa’nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı ve suç ve suçluların özelliklerini de gözетerek, hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırım ve indirim nedenlerini, bunların oranları ile suçun takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de, **bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması** gibi hususların dikkate alınması zorunludur.”

olarak sözü edilen hükümlerin ihdas ediliş gayelerini ortaya koyabilmek için bu kanun hükümlerinin gerekçelerini incelemek gerekmektedir.

Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nun genel gerekçesinde⁵¹: “*Haksızlık oluşturan bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, izlenen suç politikası etkili olmaktadır. Ancak, bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, bunun esasen haksızlık ifade etmesi gerektiği hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Esas itibarıyla haksızlık ifade etmeyen, hukuka aykırı olmayan bir fiil hiçbir surette suç veya kabahat olarak tanımlanamaz. Haksızlıklar arasında bu yönde bir tasnif yapılması durumunda; bu tasnifte, hukuka aykırı olan fiilin ifade ettiği haksızlık içeriği esas alınmalıdır.*” denilerek, Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen eylemlerin, haksızlık içeriklerinin, suçlara nazaran daha hafif olduğu vurgulanmıştır.

Tasarının dilencilik kabahatine ilişkin madde gerekçesinde ise, “*Çocukların, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimselerin dilencilikte araç olarak kullanılması fiili, ceza hukuku bakımından suç olarak düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'na göre, ayrıca bu suç, bir örgüt faaliyeti çerçevesinde de işlenebilir ve bu durumda hapis cezası bir kat artırılır.*”

Burada ise, **çocukların, fiziksel veya zihinsel engellilerin dilencilikte araç olarak kullanılması söz konusu olmayıp, bizatihi dilencilik fiili kabahat olarak cezalandırılmaktadır. Böylece, başkalarının merhamet ve acıma duygularının istismarı engellenmek istenmektedir**” denilmektedir.

“Çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanma” eylemini suç olarak düzenleyen (dilencilik suçu) TCK m. 229 hükmünün gerekçesinde ise: “Çocukları, fiziksel veya zihinsel engellileri dilencilikte araç olarak kullanmak suretiyle **başkalarının diğerkâmlık ve acıma**

51 Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm> Erişim Tarihi: 01.12.2014

duyguları istismar edilmekte ve haksız kazançlar elde edilebilmektedir. Bu durumun kişilerdeki kimsesizlere, yoksullara yardım etme yönündeki hasletlerin zayıflamasına yol açtığı, bilinen bir gerçektir. Bu düşüncelerle, çocukların, fiziksel veya zihinsel engellilerin dilencilikte araç olarak kullanılması, suç olarak tanımlanmıştır”denilmektedir.

Her iki kanun hükmü ve sözü edilen hükümlere ilişkin madde gerekçeleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanun koyucunun bireysel (doğrudan) dilenciliği ahlaki kötülük ve haksızlık içeriğini az kabul ederek kabahat olarak düzenlediği; fiziksel ve zihinsel engellilerin vs. kimselerin dilencilikte araç olarak kullanılması eylemini ise, toplum açısından önemli görerek suç niteliğinde bir haksızlık olarak kabul ettiği görülmektedir.

Kanaatimizce de, -yukarıda gerekçeleriyle birlikte açıkladığımız üzere- bir kimsenin bireysel olarak dilenmesi “*ahlaki kötülük*” olduğu halde; bir başkasını dilencilikte araç olarak kullanması ya da bir başkasının dilencilğe zorlaması “*gizli bir sömürü/istismar ya da bir tür köleleştirme*”dir. Suç sayılan bir eylem olarak dilencilik, insanlık onurunun hiçe sayılmasına ve toplumun acıma, merhamet ve yardımseverlik duygularının istismarına yol açması nedeniyle “*toplumsal bir sorun*” ve bir “*utanç*”tır.

Bu değerlendirmelerden hareketle, kanun koyucunun her iki eylemin haksızlık içeriğini derecelendirmek suretiyle; bir başkasını dilencilikte araç olarak kullanma fiilini suç olarak kabul etmesinde “*ülkenin sosyal, kültürel yapısı ve etik değerlerini*” göz önüne aldığı görülmektedir.

Kabahatler Kanunu ve Türk Ceza Kanunu’nda yer alan bu iki hüküm dışında, dilencilğe ilişkin hükümler ihtiva eden diğer bir kanun ise, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’dur. Bu Kanun’un m.3/b-4 hükmü, ana veya babası tarafından ihmal edilip, dilencilğe sürüklenen çocuğu “*korunmaya ihtiyacı olan çocuk*” olarak kabul etmekte ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin m. 2/1,g (m. 8/1,ç) hükmü

kapsamında bu çocukların korunmasına ilişkin tedbirleri almak görevini Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na vermektedir.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde çıkarılan ve halen yürürlükte bulunan 13 Şaban 1897 tarihli “Tese’ülün Men’ine Dair Nizamname”nin (Dilencilğin Yasaklanmasına Dair Tüzük)⁵² 9. maddesine göre,

“İşe ve güce muktedir olduğu halde tese’ül edenler zabıtaca derdest edilerek bunlardan İstanbullu olanlar veya taşralı olup da İstanbul’da tavattun etmiş bulunanlar zabıtaca kefaletle rapt ile salıverilecekler ve taşra ahalisinden bulunanlar dahi mahalleri devairi belediyesince işgal olunmak üzere memleketlerine iade olunacaklardır. Mükerrirlerden İstanbullu bulunanlar taşraya teb’it edileceklerdir. İslâhhane ve sanayihanesi bulunan mahallerden gelen eşhas darülâczeye konulmayıp mahalli mezkûrde barındırılacaklardır.”

Anılan hüküm kapsamında, İstanbullu ya da İstanbul’da yerleşik olup da dilenenler kefaletle serbest bırakılır iken; taşralı olanlar memleketlerine gönderilmektedir. Ancak, İstanbulluların ya da İstanbul’da yerleşik olanların dilencilikte tekerrür etmesi halinde taşraya gönderilmesi hükme bağlanmıştır⁵³. Ancak, 1982 Anayasası’nın 13, 23 ve 38. maddeleri nazara alındığında, Nizamname’de belirtilen yaptırımların günümüzde uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır⁵⁴.

1/7/1931 tarihli Belediye Mezarlıklar Nizamnamesi’nin 17. maddesinde de, “*Sarhoşların, **dilencilerin**, ayak satıcılarının, yanında*

⁵² TBMM’nin 8/6/1933 tarih ve 772 sayılı Kararında, bu Nizamname hükümlerinin darülacezesi tesis edilmiş veya edilecek belediyelerde uygulanacağı belirtilmiştir.

⁵³ Çakıroğlu, Bayram Ali, Belediyeler ve Türkiye’de Dilencilğin Boyutları, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008, s. 51, 52.

⁵⁴ Nizamname’de geçen “memlekete gönderme” yaptırımı, “sürgün” ve “nefy” cezalarına benzemektedir. Hukuk tarihimizde yer alan sürgün cezası, Mülga 13/07/1965 tarih ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un Geçici 2. maddesiyle kaldırılmıştır. Esasında sürgün cezasının, yaptırım anlayışı bakımından denetimli serbestlik uygulamalarına benzetmekle birlikte, gerçek anlamda bir görevlinin gözetimi veya denetimini içermediğinden modern denetimli serbestlik düzenlemesi niteliğinde olmadığı yönünde bkz. Yavuz, Hakan A, Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sisteminde Tarihsel Gelişim Sürece, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, y. 2012, s. 100, s. 324

velisi bulunmayan çocukların, beraberinde köpek ve sair hayvanat getirenlerin” mezarlıklara girmesi yasaklanmıştır.

Çalışmamızın bu bölümünde Türk Ceza Kanunu’nun 229. maddesinde düzenlenen dilencilik suçunu, Türk Ceza Kanunu’nun benimsediği suç teorisi kapsamında inceleyeceğiz. Bu kapsamda yeri geldiğince Kabahatler Kanunu’nun 33. maddesi ve sair mevzuat kapsamında yer alan hükümlere de atıfta bulunacağız.

II. Korunan Hukuki Değer

Dilencilik suçu, TCK’nin özel hükümleri içeren ikinci kitabında, topluma karşı suçlar başlıklı üçüncü kısımda ve genel ahlaka karşı suçları kapsayan yedinci bölüm içerisinde düzenlenmiştir.

TCK m. 229 hükmüne göre:

“(1) Çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır.”

TCK’de, ikinci kitap içerisinde yer alan özel hükümlerin (suç tiplerinin) korunan hukuki değere göre tasnif edildiği nazara alındığında⁵⁵, suç tipinin düzenlendiği kısım ve bölümlerin (hatta kısım ve bölüm başlıklarının) önemli bir yorum aracı olduğu kabul edilmektedir⁵⁶. TCK’de yer alan bölüm ve kısım başlıkları, bu ayrımlar altında yer alan suç tiplerinin düzenleniş gayesinin (amaçsal-gai yorum/ ratio legis) ve

⁵⁵ Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 509; Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (No.273), Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 85 vd.

⁵⁶ Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt I, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Baskı, İstanbul 1997, s. 189; Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2014, s.117; Toroslu, s. 204 vd.

kanunun sistematığının (sistematiik yorum) ortaya çıkarılmasında önemli bir işlev grmektedir⁵⁷.

Korunan hukuki değer, ilgili suç tipinin “ekirdeği” olup⁵⁸; her suç, bireye veya topluma ait belirli bir varlık ya da menfaati ihlal ettiği için; her suç yönünden kendisine mahsus özel bir ya da birden fazla hukuki konu (hukuki değer) bulunmaktadır⁵⁹.

Dilencilik suçunun düzenlendiği yer ve madde gerekçesi nazara alındığında dilencilik suçu ile korunan hukuki değerin, “*genel ahlak*” olduğu söylenebilir. Bu suç tipi ile toplumun manevi duygularının sömürülmesine engel olma amaçlanmaktadır.

Ancak, gerek madde metni ve gerekse madde gerekçesini bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, bu suç tipi ile korunan hukuki değerin karma olduğu; “*genel ahlak*” ile birlikte, ocuk ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayan kimselerin sömürülmesine engel olma gayesiyle insan onurunun da korunduğu görülmektedir.

Nitekim Türkiye’nin de taraf olduğu ocuk Haklarına Dair Birleřmiř Milletler Sözleřmesi’nin, 32. maddesiyle, Sözleřme’ye taraf devletlere, “*ocuęun ekonomik sömürüye karşı korunma ve ahlaksal ya da toplumsal gelişmesine zararlı olabilecek şekilde alıştırılmasına karşı korunma hakkını*” kabul etme ve bu hakların etkin bir biçimde uygulanabilmesi için ceza veya başka uygun yaptırımlar ihdas etme yükümlülüğü getiriłmiřtir (m. 32/1, 2-c)⁶⁰. TCK m. 229 hükmü, Sözleřme’den kaynaklanan bu yükümlülüğün bir sonucudur.

⁵⁷ Toroslu, s. 215.

⁵⁸ Jescheck, Hans- Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, (ev. Feridun Yenisey), İstanbül 2007, s. 30

⁵⁹ zgen, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2014, s. 157, 158; Toroslu, s. 221, 288, 289.

⁶⁰ Sözleşme metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf> Erişim Tarihi. 10.12.2014. Sözleşme’nin onaylanması, 9.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. Sözleşme, bakanlar Kurulu’nun 23.12.1994 tarih ve 94/6423 sayılı Kararı ile onaylanmıştır. Sözleşme metni, 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Bkz. zgen, s. 55

III. Suçun Maddi Unsurları

A. Fail

Dilencilik suçu, bir kimsenin; yaşının küçüklüğü ya da bedeni, ruhi veya fiziki bir engeli sebebiyle kendisini idare edemeyecek durumda bulunan bir kimseyi bir başkasından herhangi bir maddi karşılık istemeye zorlamasıdır.

Bu bakımdan, dilencilik suç herkes tarafından işlenebilen bir suç tipidir. Ancak, TCK m. 229/2 hükmüne göre, dilencilik suçunun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi halinde verilecek cezanın artırılması gerekmektedir. Bu yönüyle, dilencilik suçu görünüşte (gerçek olmayan) özgü suçlar içerisinde yer almaktadır⁶¹. Dilencilik suçu, herkes tarafından işlenebilir olmakla birlikte, kanunda sınırlı bir biçimde sayılan yakınlar tarafından işlendiğinde daha ağır cezalandırılmaktadır.

Kanun koyucu, aile bireylerinin; aile hukukundan (evlilikten veya kan ya da kayın hasımlığından) kaynaklanan manevi yakınlık veya nüfuzunun kullanılması suretiyle dilencilik suçunun işlenmesini cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hal olarak öngörmüştür.

Yukarıda, dilencilik suçunda çoğunlukla çocukların araç olarak kullanıldığı zikrolunmuştu. Bu noktada, suçun failinin çocuk olup olamayacağı sorunu ortaya çıkabilir. Dilencilik suçu açısından, suçun işlenmesinde çoğunlukla çocuğun araç olarak kullanılması, çocuğun bu suçun faili olamayacağı anlamına gelmemektedir. Kanun hükmüne bakıldığında suçun failinin çocuk olabilmesi de mümkündür. Kaldı ki, bu suç tipi çoğunlukla annenin kendi çocuğunu (istisnaen baba) veya büyük kardeşin, küçük kardeşinin bedeni ve fiziksel acizliğini araç olarak kullanmak suretiyle işlenmektedir.

Dilencilik suçu açısından önemli olan, insanların merhamet ve acıma duygularına hitap edecek şekilde, bir çocuğu veya bedensel engeli

⁶¹ Failin sıfatı, suçun unsuru ise gerçek özgü suç; cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal ise, “gerçek olmayan özgü suç” söz konusudur. Açıklama için bkz. Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım, (Editör, Yener Ünver), Ankara 2014, s. 97, 98.

bulunan veya kendini idare edemeyecek bir kimsenin araç olarak kullanılmasıdır. Bu eylem, bir çocuk tarafından gerçekleştirilmiş olsa da, suç teşkil edecektir. Çocukların bu suçun faili olamayacağını öne sürmek, fail lehine kıyas anlamına gelir ki bu yorum TCK m. 2/1 hükmüne aykırılık teşkil eder⁶².

Nitekim Yargıtay da, çocuk yaştaki failin, 2 yaşındaki küçük kardeşini kucağına alarak karayolundan geçmekte olan araçların arasında dolaşmak suretiyle araç sürücülerinden dilenme biçiminde gerçekleşen eylemi bakımından dilencilik suçunun unsurlarının oluştuğuna kanaat getirmiştir⁶³.

B. Mağdur

Dilencilik eylemi ile toplumun diğerkâmlık ve acıma duyguları istismar edilmekte, haksız kazanç sağlanmakta ve nihayet dilencilik eyleminin yaygınlaşması ile toplumun kimsesizlere, yoksullara yardım etme yönündeki hasletleri zayıflamaktadır. Dilencilik suçu ile zor durumda kalan çaresiz bir kimseye yardım etmek biçimindeki “genel

⁶² Nitekim Ceza Genel Kurulu’nun, kasten öldürme suçunun bir çocuk tarafından bir başka çocuğa karşı işlenmesini düzenleyen TCK m. 82/1,e hükmüne ilişkin olarak verdiği bir kararda da, isabetli olarak şu sonuca ulaşılmıştır: “*Kanun koyucunun kasten öldürme suçunun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesini nitelikli biri hal olarak düzenlerken "çocuk" sözcüğünü gereksiz olarak kullandığı düşünülemeyeceğinden... Maddedeki "çocuk" sözcüğü ile mağdurun ya da maktulün beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olup olmadığına bakılmaksızın yaşı nedeniyle bir nitelikli hal öngörüldüğünden, sanığın onsekiz yaşını doldurmamış olmasının veya fizik yapısı itibarıyla maktulden daha güçsüz durumda bulunmasının bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmaması noktasında bir önemi bulunmayacaktır. Sanığın da çocuk olması Türk Ceza Kanunu’nun 31. maddesi kapsamında ve içinde bulunduğu yaş grubuna göre ayrıca bir indirim nedeni olacaktır. Diğer bir anlatımla, sanık ile mağdurun durumları ayrı ayrı değerlendirilecek, sanığın çocuk olması durumunda 31. maddedeki indirim hükmü uygulanacak, mağdurun ya da maktulün çocuk olması halinde de eylemi gerçekleştirenin yaşına bakılmaksızın aynı kanunun 82. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendindeki nitelikli hal uygulanacaktır. İkisinin de çocuk olması durumunda ise, sanık hakkında TCK’nun 82/1-e maddesi uyarınca belirlenen temel ceza üzerinden aynı Kanunun 31. maddesi uyarınca yaş küçüklüğü indirimi yapılacaktır.*” Yargıtay CGK, 15.1.2013 tarih, E. 2012/1-1285 ve K. 2013/3.

⁶³ Yargıtay 14. CD.’nin, 10.07.2014 tarih, E. 2012/5603 ve K. 2014/9420 sayılı kararı. (Karar yayınlanmamıştır)

ahlak” kuralının sömürülmesi ve istismar edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

Bu yönüyle, “*zor durumda olan kişilere yardım etme*” biçimindeki ahlaki kaidenin (genel ahlakın- hukuki değer) ihlal edilmesi halinde toplum (herkes) mağdur olmaktadır.

Dilencilik suçunda, dilenen kimseye acıyarak menfaat temin eden kişiler, suçtan zarar gören konumundadır. Suçtan zarar gören kişi, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilecektir. Örneğin; yardım alma şartlarını taşımadığı halde, bir dernek ya da vakıftan yardım talep etmek için çocuk ya da bedenen veya ruhen kendini idare edemeyecek bir kimseyi dilencilikte araç olarak kullanma eyleminde, dernek veya vakıf tüzel kişiliği suçtan zarar gören konumundadır.

Ancak, kamu tüzel kişilerinin zararına dilencilik suçunun işlenemeyeceğini ya da diğer bir deyişle, kamu tüzel kişilerinin dilencilik suçu bakımından suçtan zarar gören olamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü bir kamu tüzel kişisinden (Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’ndan ya da devlet tüzel kişiliğini temsilen Valiliklerden), maddi durumunu veya muhtaçlığını belgelemeksizin yardım talebinde bulunabilmek (dilenmek) mümkün değildir. Bu kurumlardan yardım talebi için aranan belgelerin sahte olarak düzenlenmesi halinde ise, aşağıda içtima bahsinde ele alınacağı üzere dilencilik değil, kamu kurumu aleyhine işlenmiş dolandırıcılık ve resmi ya da özel belgede sahtecilik suçları söz konusu olacaktır. Bu nedenle, bir kamu tüzel kişisinden ya da devletten⁶⁴ bir çocuk veya bedenen veya ruhen kendini idare edemeyecek bir kişiyi araç olarak kullanarak, dilenmek gayesiyle yardım talep edilmesi halinde elverişsiz teşebbüs (işlenemez suç) söz konusu olacak ve fail cezalandırılmayacaktır⁶⁵.

⁶⁴ Ancak tüzel kişiliğin organları ya da kamu görevlilerinden dilenilmesi halinde eylem dilencilik suçunu oluşturur.

⁶⁵ Kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinde, ilgili mevzuat kapsamında yardım talep etme eyleminin hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında olduğu aşağıda hukuka uygunluk sebepleri başlığı altında ele alınacaktır.

C. Fiil/ Netice

TCK m. 229 hükmünde dilencilik suçunun fiil/hareket unsuru, “Çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanma” olarak belirlenmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre de, “...Dilencilik suçunda da çocuğun ya da beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak kişinin kullanılması” suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır⁶⁶.

Bu nedenle, çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimsenin –araç olarak kullanılmaksızın- kendisinin dilenmesi dilencilik kabahatine vücut verecektir.

Ancak bu kimseler –araç olarak kullanılmış ise- eylem dilencilik suçunu oluşturmaktadır. Kanunda geçen araç olarak kullanma deyiminden, suçun konusunu oluşturan kimselerin, muhatabın (menfaat talep edilen kişi) algılayabileceği bir şekilde beraberinde (yanında, elinden tutarak veya sırtında vs.) ya da muhatabın görebileceği bir yerde bulundurmamak anlaşılmalıdır.

Maddede geçen “araç olarak kullanma” ifadesi, dolaylı failliği düzenleyen TCK m. 37/2 hükmüyle aynı anlama gelmemektedir. TCK m. 37/2 hükmü bağlamında dolaylı faillikte tipik hareketin, araç olarak kullanılan ya da diğer bir deyişle iradesine hâkim olunmak suretiyle tipik hareketi yapmaya yönlendirilen kişi tarafından yapılması zorunludur⁶⁷.

Dilencilik suçu bakımından ise, “dilenme” eyleminin araç olarak kullanılan çocuk ya da beden veya ruhen kendisini idare edemeyecek kişi tarafından yapılması zorunlu değildir. Fail, dilenme eylemini beraberinde bulunan ve araç olarak kullandığı kişiye yaptırabileceği gibi; kendisi de yapabilecektir. Örneğin; fail A, yanında bulunan çocuğunu ya da koluna girdiği engelli bir yakını dilendirebileceği gibi; çocuğunu

⁶⁶ 15.1.2013 tarih, E. 2012/1-1285 ve K. 2013/3.

⁶⁷ Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2014, s. 484; Üzülmüş, İlhan, Dolaylı Faillik, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, Y. 2006, s. 85 vd; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 605.

kucağında tutmak, yere yatırmak veya sırtına almak suretiyle muhatabın (dilenilen kişinin) algısını yönlendirmek suretiyle kendisi dilenme eylemini gerçekleştirebilecektir.

Dilencilik suçu bakımından önemli olan husus fiilen “*dilenme*” eyleminin kimin tarafından icra edildiği değil; dilenme eylemi sırasında bir çocuk veya bedenen ya da ruhen kendisini idare edemeyecek bir kişinin muhatabın algılayabileceği (acıma hislerine hitap edecek şekilde) bir yerde bulundurulup bulundurulmadığıdır.

TCK m. 229 bakımından araç olarak kullanma; çocuk veya bedenen veya ruhen kendisini idare edemeyecek bir kişinin bu durumunu kullanarak ya da bu durumundan yararlanarak dilenme anlamına gelmektedir. Bu yönüyle TCK m. 229 hükmünde yer alan “*araç olarak kullanma*”, TCK m. 37/2’den farklı bir anlam taşımaktadır.

Dilencilik suçunun oluşabilmesi için, bir çocuk veya bedenen ya da ruhen kendisini idare edemeyecek bir kişinin, dilenen kimsenin beraberinde veya yakın bir mesafede bulundurulması yeterli olmayıp, bu kimselerin suçta araç olarak kullanılması gerekmektedir.

Dilenen kimse, çocuğunu veya yaşlı ya da engelli yakınına bırakacak bir yer olmadığı için beraberinde getirmiş ve fakat çocuğunu araç olarak kullanmamışsa eylem TCK m. 229 kapsamında değildir.

Nitekim Yargıtay da, “*Dilencilik suçunda mağdurenin adı geçen ile dilencilik yaptığı sırada yakalanması ve sanıklardan adı geçenin öz kızına bakamadığı için diğer sanığa kızını teslim ettiğini aşamalarda beyan ettiğinin anlaşılması karşısında, 8 yaşı içinde bulunan mağdurenin duruşmada dinlendikten ve babası olan sanığın ekonomik ve sosyal durumuna dair zabıta ve muhtarlık araştırması yapıldıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi*” gerektiğine karar vermiştir⁶⁸.

TCK m. 229 hükmü kapsamında araç olarak kullanmadan söz edebilmek için, dilenme eylemi sırasında bu kimselerin karşısındakinin

⁶⁸ Yargıtay 14. CD. 17.2.2014 tarih, E. 2014/851 ve K. 2014/1728

acıma, merhamet ve diğerkâmlık duygularını harekete geçirecek şekilde fiilen teşhir edilmesi⁶⁹ veya sözlü olarak beraberinde veya yakın bir yerde bulundurduğu çocuktan bahsedilmesi gerekmektedir⁷⁰. Örneğin; çocuğun taş üstüne konulması, kış günü hafif giysiler giydirilmesi ya da yaz günü kalın giysiler giydirilmesi, çocuğun eline ekmek tutuşturulması, orta yerde bırakılması, çocuk teşhir edilmesi bile yanında bulundurduğu çocuğun aç olduğundan ya da hastalığından söz ederek dilenmesi ya da yanında bulundurduğu kişinin engelli/yaralı uzvunun teşhir edilmesi veya hastalığından bahsedilmesi halinde, araç olarak kullanma eyleminin gerçekleşmiş olacaktır.

Yargıtay da: “...*Oluşa uygun kabule göre, mağdurenin annesi müşteki Filiz'in fabrikada çalışması nedeniyle 2 yaşındaki kızı Didem'i sanık Ayşegül'e ilgilenmesi için bıraktığı, sanığın da kendisine emanet edilen mağdureyi kucağına alarak karayolundan geçmekte olan araçların arasında dolaşmak ve mağdurenin yaşının küçüklüğünden, muhtaçlığından faydalanarak toplumun yardımseverlik ve acıma duygularını istismar etmek suretiyle onu araç olarak kullanarak dilencilik yaptığı*” kanaatine ulaşmıştır⁷¹.

Araç olarak kullanma eylemini, araç olarak kullanılan kişilerin mutlaka failin yanında (ona bitişik) bulunması gerektiği şeklinde anlamamak gerekir. Çalışmamızın başında “*dolaylı dilencilik*” olarak vasıflandırdığımız hallerde; çalışıyor süsü verilerek selpak, çiçek satma perdesi altında çocukların dilencilikte araç olarak kullanılması da failin çocuğu hâkimiyeti altında (yanında veya yakın bir yerde bulunmak suretiyle hâkimiyeti altına alarak) tutarak bu türden bir davranışa yönlendirmesi eylemi de TCK m. 229 kapsamında dilencilik suçunu oluşturacaktır. Ancak failin (anne veya babanın ya da büyük kardeşin)

⁶⁹ Bu türden dilenme bakımından, dilenen kişinin sözlü olarak bir talepte (menfaat talebi) bulunmasına da gerek yoktur. Bu şekilde bir teşhir, fiili bir dilenmedir.

⁷⁰ Çocuk veya beden en ya da ruhen kendisini idare edemeyecek kişi dilenen kişinin beraberinde bulunmasa bile, muhatabın görebileceği ve algılayabileceği bir mesafede ise ve muhataba gösterilmek suretiyle dilenilmiş ise, eylem dilencilik suçunu oluşturacaktır.

⁷¹ Yargıtay 14. CD.'nin, 10.07.2014 tarih, E. 2012/5603 ve K. 2014/9420

hâkimiyeti ya da bilgisi olmaksızın, çocuğun dolaylı şekilde dilencilik yapması dilencilik kabahatine vücut verecektir.

Failin, çocuk veya bedenen ya da ruhen kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimseyi, araç olarak kullanıp kullanmadığı, suçun maddi unsuru olduğundan, bu unsurun gerçekleşip gerçekleşmediği her somut olayda her türlü şüpheden uzak bir biçimde ortaya konulmalıdır.

Failin, çocuğu veya bedenen ya da ruhen kendisini savunamayan bir kişiyi, araç olarak kullanıp kullanmadığı hususu, dilenme anında dilenen kişinin ve dilencilikte araç olarak kullanılan kişilerin konumları, birbirlerine yakınlıkları, dilenen kişi ile dilencilikte araç olarak kullanılan kişinin giysileri, söylenen sözler, araç olarak kullanılan kişinin (çocuk veya engellinin) hangi konumda bulunduğu ve sair hususlar bir bütün halinde değerlendirilerek ispat edilmelidir.

Nitekim Yargıtay da, “*Kayden bekâr sanığın evlilik dışı doğan ve nüfusa kayıtlı olmayan olay tarihinde 9-10 yaşlarında olduğu tahmin olunan küçük ile birlikte girdikleri bir evden hırsızlık yaptıkları ve merdivenlerden inerken tanık ile karşılaşan sanığın 'yardım edin' demesi üzerine tanığın yardım amacı ile sanığa para verdiği, tanık küçüğün anlatımları ve sanık savunması ile birlikte dikkate alındığında, **sanığın yanındaki küçüğe dilencilik yaptırdığı ve/veya bu yönde araç olarak kullanıldığı duraksamaya yer vermeyecek şekilde saptanmadan** yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle hüküm kurulması*”nı bozma sebebi yapmıştır⁷².

Dilenen kişinin, beraberinde veya muhataba gösterebileceği bir yerde bulundurmaksızın (araç olarak kullanmaksızın), sadece sözlü olarak çocuğu ya da hastası olduğundan bahisle dilenmesi TCK m. 229 kapsamında suça vücut vermez. Bu eylem, dilenme kabahatini oluşturur.

Dilencilik suçu, sırf hareket suçu (şekli suç) olup, bu suç bakımından dilenme sonucunda muhataptan herhangi bir maddi menfaatin alınmış olması gerekmez. Araç olarak kullanılan kişiyle (çocuk, yaşlı veya

⁷² Yargıtay 6. CD., 19.3.2013 tarih, E. 2010/7644 ve K. 2013/5854.

engelli) orta yerde dilenmek ya da kırmızı ışıktaki duran araçların arasında dolaşmak suçun oluşması için yeterlidir. Menfaat elde edilip edilmemesi, TCK m. 61 bakımından temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Toplumsal bir vakıa olarak dilencilik suçunu izah ettiğimiz bölümde dilencililiğin çoğunlukla bir meslek olarak icra edildiğini belirtmiştik. Ancak, dilencililiğin toplumsal bir vakıa oluşu ve çoğunlukla bir meslek olarak icra edilişi, dilencilik suçunun kesintisiz suç olduğunu göstermez. Bir suçun kesintisiz suç olarak kabul edilebilmesi için, bu hususun mutlak surette tipiklikte (maddi unsurlar içerisinde) açıkça gösterilmesi gerekmektedir. TCK m. 229 hükmünde dilencilik suçunun kesintisiz suç olduğuna veya neticenin devam etmesi gerektiğine (temadi unsuruna) dair herhangi bir hüküm/ifade bulunmamaktadır.

Dilencilik suçu, ani bir suçtur. Bir çocuk ya da bedenen ya da ruhen kendisini idare edemeyecek bir kimsenin araç olarak kullanılmasıyla birlikte suç tamamlanır ve aynı anda netice de sona erer.

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere, “yoksul” bir kimsenin “belli bir kişiden” veya “bu amaçla kurulmuş resmi kurumlardan veya özel hukuk tüzel kişilerinden (dernek, vakıf vs.)” hangi sebeple olursa olsun yardım talep etmesi dilencilik suçuna vücut vermeyecektir. Bu türden bir eylem, sosyolojik olarak dilencilik olarak kabul edilebilir ise de; hukuki anlamda (normatif olarak) dilencilik olarak kabul edilemez.

Bu konu aşağıda, hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu kaldıran ya da azaltan sebepler başlığı altında tartışılacaktır.

D. Suçun Konusu

1. Çocuk

Dilencilik suçunun konusu, çocuk veya beden ya da ruhen kendini idare edemeyecek durumda bulunan kişi /kişilerdir.

Kanunda geçen “çocuk” kavramı normatif bir kavram olup, TCK m. 6/1,b hükmünde tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre çocuk, “Henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi”yi ifade etmektedir.

Çocuk Koruma Kanunu’nun m.3/1,a hükmüne göre çocuk, “*Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi*” ifade etmekte ve TCK m.6/1,b hükmünden daha geniş bir anlam taşımaktadır.

Her iki kanunda yer alan tanımlama birbirinden farklı olsa da, *çocuk kavramının normatif bir kavram olması sebebiyle*, sözü edilen tanımlar her kanunun kendi uygulaması ile sınırlı tanımlardır. Nitekim gerek TCK m. 6 ve gerekse Çocuk Koruma Kanunu’nu 3. maddesi “*bu kanunun uygulanmasında*” ifadesine yer vermektedir. Bu nedenle, TCK’de yer alan hükümlerin uygulanması bakımından çocuk, suçun işlendiği sırada “*henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi*” olarak kabul edilmelidir.

TCK m. 229 hükmünde beden ya da ruhen kendini idare edemeyecek durumda bulunan kişi ile birlikte “çocuk”tan açıkça zikredilmiştir. Bu noktada, dilencilik suçunda araç olarak kullanılan çocuğun bedenlen veya ruhen kendisini idare edip edemeyeceğinin araştırılmasına gerek bulunmaktadır. Onsekiz yaşını tamamlamayan herhangi bir çocuk, bu suçta araç olarak kullanılabilir. Çocuk, failin kendi çocuğu olabileceği gibi, bir başkasının çocuğu da olabilir. Ancak, çocuğun aileden (kan veya sıhrî hısımlar içerisinde) olması cezayı ağırlaştıran bir nitelikli haldir (TCK m. 229/2).

Bu noktada, şu sorun ortaya çıkabilecektir. 15 veya 16 yaşını tamamlamış bir çocuğun dilencilikle araç olarak kullanılması halinde, muhatabın merhamet veya acıma hissini tahrik etmesi mümkün olmadığından suçun oluşmasının mümkün olup olmadığı akla gelebilir. Kanaatimizce de, giyim kuşamında değişiklik yapılmadıkça, hastalık veya sair bir bedensel engeli ön plana çıkarılmadıkça ya da gerçekte hasta olmadığı halde hasta süsü verilmek suretiyle teşhir edilmedikçe, sağlıklı ve fiziken yetişkin görünen bir çocuğun, muhatabın acıma ve merhamet duygularını tahrik ettiğinden söz edilemez. Kaldı ki, çalışmamızın başlangıcında belirtildiği üzere, profesyonel (meslekten) dilenciler tarafından, bu niteliklere sahip çocukların da suçta araç olarak kullanılması da olası değildir. Bu gruba giren çocuklar, çoğunlukla

dilencilikte araç olarak kullanılmak yerine, doğrudan dilencilığe yönlendirilmektedir.

Dilencilikte yaygın olarak, muhatabın acıma ve merhamet duygularına hitap etmek için, küçük ya da 15 yaşını tamamladığı halde fiziki engeli bulunan çocuklar anneleri/babaları veya kardeşleri tarafından araç olarak kullanılmaktadır.

Kanun koyucu normatif olarak “*çocuk*”tan söz ettiği için, herhangi bir hastalığı ya da fiziksel engeli bulunmasa da, sırf çocuğun bu suçta araç olarak kullanılması suçun oluşması için yeterlidir. Bu suçun faili, araç olarak kullanılan çocuktan daha küçük yaşta bir çocuk dahi olabilecektir. Örneğin, 13 yaşındaki bir çocuğun, zihinsel ya da fiziksel engelli olan büyük bir kardeşini (örneğin 16 yaşında) araç olarak kullanması halinde de dilencilik suçu oluşacaktır.

Mülga 765 sayılı TCK’nin, dilencilik eylemini kabahat olarak düzenleyen 545. Maddesinde, “*15 yaşından aşağı çocukları toplayıp dilencilik ettirir veya velayet ve vesayeti altında bulunan yahut kendisinin muhafazası ve nezaretine tevdi olunan 15 yaşından aşağı bir küçüğün dilenmesine veya bir kimsenin o küçüğü dilencilikte kullanmasına müsaade etmek*” eylemi yaptırıma bağlanmıştır. Sözü edilen hükme göre, 15 yaşını tamamlayan bir çocuğun dilencilikte araç olarak kullanılması yaptırıma bağlanmamıştır.

Yukarıda açıklandığı üzere, her ne kadar 15 yaşını tamamlayan ve herhangi bir fiziki engeli bulunmayan bir çocuğun zaten dilencilikte araç olarak kullanılması fail tarafından –fiilen- mümkün (elverişli) görülmesi de, bazı durumlarda hasta süsü verilmek suretiyle (ağızına maske takılarak veya elinde gerçek olmayan bir hastalık raporu verilerek) 15 yaşını tamamlamamış bir çocuğun da dilencilikte araç olarak kullanılabilmesi mümkün olabilir. Bu nedenle, çocuğun her türlü sömürü ve istismara karşı korunması bakımından suçun konusunu “*çocuk*” olarak belirleyen TCK m. 229 hükmünün daha kapsayıcı ve yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

2. Bedenen veya Ruhen Kendini İdare Edemeyen Kişi

Beden ya da ruhen kendini idare edemeyecek durumda bulunan kişi TCK m. 229 hükmünde açıkça tanımlanmamıştır. Madde gerekçesinde, bedensel veya zihinsel engellilerin bu kapsama girdiği ifade olunmuştur.

“*Bedenen ya da ruhen kendini idare edemeyecek durumda bulunma*” hali TCK’nin özel hükümler kitabında düzenlenen çoğu suç tipi bakımından “*Bedenen ya da ruhen kendini savunamayacak durumda bulunma*” biçiminde, cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bunlar; kasten öldürme (TCK m. 82/1,e), kasten yaralama (TCK m. 86/3,b), işkence (TCK m. 94/2,a), eziyet (TCK m. 96/2,a), cinsel saldırı (TCK m. 102/3,a), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109/3,f), hırsızlık (TCK m. 142/2), yağma (TCK m. 149/1,e).

TCK m. 81/1,e hükmünün gerekçesinde, mağdurun “*Çocuk olması veya ileri yaşı, hastalığı, malûllüğü veya ruhî veya fizik güçsüzlüğü nedeniyle kendini korumaktan âciz bir kimseye karşı fiilin işlenmesi, gerek faildeki ahlâkî kötülüğün mefruz çokluğu gerek fiilin icrasındaki kolaylık dolayısıyla*” nitelikli hal sayıldığı belirtilmiştir. Cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hale yer veren TCK m. 86, 94/2, 96 hükümlerinin gerekçesinde de bu gerekçeye atıf yapılmıştır.

TCK m. 142/2 hükmünün gerekçesine göre: “*Mağdurun trafik kazası geçirmiş olması, aklî veya bedensel bir hastalık veya sakatlıkla malul olması, malını koruyamayacak durumda olmasının örneklerini oluşturmaktadır. Hatta bir yakınının ölüm haberini almış olmaktan doğan büyük bir üzüntünün neden olduğu bir panik hâlinin de aynı durumu doğurmuş bulunması*” bedenen veya ruhen kendini savunamayacak durumda bulunma anlamına gelecektir.

TCK m. 102, 109, 149 gerekçelerinde ise, herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Her ne kadar terminoloji/formülasyon farklılığı bulunsa da, özü itibarıyla “*bedenen veya ruhen kendisini idare edememe*” ifadesi ile, “*kendini savunamayacak durumda bulunma*” ifadesi aynı anlama gelmektedir. Dilencilik suçunda yer verilen ifade ile diğer suç tiplerinde

yer verilen ifade farklılığının sebebi, sözü edilen hususun diğer suç tipleri yönünden mağdurun şahsına ilişkin cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak kabul edildiği halde; dilencilik suçu bakımından suçun maddi konusu olmasıdır.

Dilencilik suçu bakımından ele aldığımızda; bedenlen ve ruhen kendini idare edemeyecek kimseden maksat, bedeni, zihni (ruhi) bir engeli veya bir yaralanması sebebiyle kendi yaşamını idare etmekten geçici veya sürekli yoksun olan bir kimsenin araç olarak kullanılması suç teşkil edecektir. Bu noktada, sözü edilen bedeni veya ruhi engel sürekli olabileceği gibi geçici de olabilir. Örneğin, akıl hastası bir yakın (anne, baba, kardeş) suçta araç olarak kullanılabileceği gibi, ayağı veya kolu alçılı ya da trafik kazası geçirmiş bir kimse de suçta araç olarak kullanılabilecektir.

Kişinin gerçekte bedenlen veya ruhen kendini idare edebilecek durumda olmasına rağmen, hileli davranışlarla akıl hastası veya engelli süsü verilmek suretiyle (hasta olmadığı halde maske takması veya sakat olmadığı halde koltuk değneği, sargı veya alçı kullanılması vs.) dilencilik suçunda araç olarak kullanılması halinde eylem dilencilik suçu kapsamında değerlendirilmeyecektir. Kanun koyucu, “*bedenen ya da ruhen kendini idare edemeyecek durumda bulunma*” ifadesi ile objektif bir niteleme ve gerçek bir durumun varlığından söz etmektedir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, araç olarak kullanılan kişinin bedenlen veya ruhen kendini idare edemeyecek haldeymiş gibi teşhir edilmesi TCK m. 229 kapsamında cezalandırılmayacaktır. Bu türden bir eylem hile ile muhatabından menfaat temini anlamına geleceğinden, bu eylemin dolandırıcılık suçu kapsamında tartışılması gerekmektedir. Aşağıda içtima bahsinde bu türden bir eylemin dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağı ayrıntılı bir biçimde tartışılacaktır.

IV. Manevi Unsur

Dilencilik suçu kasten işlenebilen bir suç tipidir. Failin kastı suçun maddi konusunu kapsamalıdır. Fail, çocuk veya beden ya da ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda olduğunu bildiği bir kimseyi dilencilik suçunda araç olarak kullanmalıdır.

Failin kastı, dilencilik dışında başka bir gayeye yönelmiş ise (örneğin; fuhuş yaptırma ya da zorla çalıştırma gibi) bu durumda failin kastına göre, fuhuş (TCK m. 227/2,4), insan ticareti (TCK m. 80) ya da iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu (TCK m. 117/2) söz konusu olacaktır⁷³.

Teorik olarak, dilencilik suçunun olası kast ile de işlenebilmesi mümkündür. Örneğin; bırakacak kimsesi bulunmaması nedeniyle, çocuğunu veya yaşlı ya da engelli bir yakınını –teşhir etmeksizin- (fakat beraberinde iken) dilenen bir kimsenin olası kastından söz edilebilir. Bu durumdaki bir kimse beraberinde bulunan çocuğun ya da yaşlı veya engelli yakınının başkalarının görebileceği bir tarzda (kendisine yakın bir mesafede) durmasına müsaade etmiş ise, olası kast ile hareket etmiş sayılır.

Dolaylı dilencilik olarak nitelendirdiğimiz hal bakımından ise, failin çocuğunun veya eşinin kağıt mendil veya çiçek satma adı altında dilendiğini veya beraberinde ya da hâkimiyeti altında (kendisine yakın bir yerde) bulunan eşinin veya çocuğunun elde ettiği menfaatin sattığı mal ile orantısız olduğunu bilmesine rağmen, onun bu eylemine –kendi hâkimiyeti altına veya yanında iken- müsaade eden, açık ya da zımni bir şekilde yönlendiren fail olası kast ile dilencilik suçunu işlemiş olacaktır.

V. Cezayı Ağırлаştıran Nitelikli Haller

TCK m. 229 hükmünde dilencilik suçu bakımından iki tür cezayı ağırлаştıran nitelikli hal öngörölmüştür. Bunlar, suçun işlenmesinde üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından (TCK m. 229/2) ve suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi (TCK m. 229/3).

⁷³ Dilencilik suçunun benzer suç tiplerinden ayırt edilmesi, aşağıda içtima başlığı altında ele alınacaktır.

1. Suçun Üçüncü Derece Dâhil Kan veya Kayın Hısımları ya da Eş Tarafından İşlenmesi

Suçun işlenmesinde, eşin ya da üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlarının araç olarak kullanılması, suçun konusuna ilişkin bir cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haldir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, failin kastının bu nitelikli hali kapsamaması, failin araç olarak kullandığı kişinin bu sıfatını bilmesi gerekmektedir.

Üçüncü derece dâhil kan ve kayın hısımlarının ve eşin tayini Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun 17. maddesine göre, *“kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur”*. Bu hükme göre, anne-baba birinci derece (altsoy-üstsoy hısımlığı), kardeş ikinci derece, amca, dayı, hala, teyze, yeğen ise üçüncü derece kan hısımlığı içerisinde yer almaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 18. maddesine göre, *“eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları”* olur. Bu nedenle, bir eşin kardeşi diğer eşin ikinci dereceden, bir eşin yeğeni, amcası, halası, dayısı, teyzesi ise üçüncü dereceden kayın hısımlığı içerisinde yer almaktadır.

TCK m. 229/2 hükmünde yer verilen “eş” ifadesinden anlaşılması gereken resmi nikâhlı eştir. Dini nikâhlı eş, TCK'nin uygulanmasında “eş” kavramı içerisinde mütalaa edilmemektedir⁷⁴. Dolayısıyla, dini nikâhlı eşin TCK m. 229/2 hükmü kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir.

Dilencilik suçunun konusunun, TCK m. 229/2 hükmünde sınırlı bir biçimde sayılan hısımlar olması halinde ceza ağırlaştırılacaktır.

2. Suçun Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmiş Olması

Dilencilik suçunun bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kanun hükmünde yer verilen “örgüt” ifadesinden, suç örgütü anlaşılmalıdır. Bu

⁷⁴ Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, Ankara 2010, s. 2722.

kapsamda, “örgüt” ya da “suç örgütü” kavramının tespiti TCK m.220 hükümlerine göre yapılacaktır.

Kanunda suç olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi amacıyla oluşturulmuş örgütlere; suç örgütü adı verilmektedir⁷⁵. Kanun koyucu dilencilik suçu bakımından bu suçun, örgüt faaliyeti kapsamında daha sistemli ve kolay işlenmesi ve nihayet bu suçun örgüte yarar sağlanmasını daha ağır yaptırıma bağlamıştır⁷⁶.

Ancak, bir suç örgütünün varlığından söz edebilmek için, en az üç kişinin bulunması, bu kişiler arasında hiyerarşik bir yapının (emir komuta zincirinin) bulunması, örgütün devamlılık (süreklilik) arzemesi (işlenmesi düşünülen suç sayısının ve mağdurların tayin edilmemiş olması) ve nihayet örgütün yapısının, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekmektedir⁷⁷.

TCK m. 229/3 hükmünde sözü edilen örgüt, dilencilik suçunu işlemek amacıyla kurulmuş olabileceği gibi (dilencilik suçunu işlemek amacıyla örgüt kurma), TCK veya özel ceza kanunları ya da ceza içeren kanunlarda yer alan başka bir suçu işlemek amacıyla da kurulmuş bir örgüt kapsamında araç suç olarak dilencilik suçu işlenebilecektir.

TCK m. 229/3 ve 229/2 hükümlerinde yer alan cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerin bir arada bulunması halinde, fail hakkında her iki nitelikli halin de uygulanabilmesi mümkündür.

VI. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Tipikliğin hukuka aykırılığın karinesi olması ve bir eylemi hukuka uygun hale getiren bir sebebin (hukuka uygunluk sebebi) bulunup bulunmadığının araştırılabilmesi için, öncelikle tipikliğin gerçekleşmesi gerekmektedir.

Dilencilik suçu açısından tipik eylem, “*çocukları veya bedeni ya da ruhi bakımdan kendini idare edemeyecek kimseleri dilencilikte araç*

⁷⁵ Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 14; Özek, Çetin, Organize Suç, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s.195.

⁷⁶ Yargıtay CGK, 19.2.2013 tarih, E. 2012/6-1490 ve K. 2013/59

⁷⁷ Bkz. TCK m. 220 hükmünün gerekçesi ve Özgenç, Suç Örgütleri, s. 14 vd.; Yargıtay CGK’in, 19.2.2013 tarih, E. 2012/6-1490 ve K. 2013/59 sayılı kararı.

olarak kullanma” olduğuna göre, bu tipik eylem bakımından TCK’de düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden, kanun hükmünün yerine getirilmesi ve meşru müdafaa halinin uygulanabilmesi mümkün değildir.

Dilencilik suçu açısından, araç olarak kullanılan kimselerin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi de mümkün değildir. Suç ile korunan hukuki değer topluma ait “*genel ahlak*” ve bireylerin yardımseverlik duygusunun (ve araç olarak kullanılan kişilerin onurunun) sömürülmesine engel olma olduğu için, araç olarak kullanılan kimselerin bu haklar üzerinde mutlak tasarruf hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, araç olarak kullanılan kimselerin rızaları eylemi hukuka uygun hale getirmez.

Özel kanunlarda⁷⁸ ya da özel hukuk tüzel kişilerinin düzenleyici işlemlerinde (dernek tüzüğü, vakıf senedi vs.) yer alan hükümler kapsamında yardım talebinde bulunan kimselerin eylemleri, dilencilik olarak nitelendirilemez.

Bu türden yardım taleplerinde, TCK m. 229 hükmünde (tipiklikte) yer verilen “*araç olarak kullanma*” söz konusu olmadığı için, tipe uygunluk (tipiklik) gerçekleşmeyecektir. Resmi mercilerden yardım talebinde bulunan kişi, bir çocuğu veya yardıma muhtaç yakınına “*araç olarak kullanmamakta*”, sadece bunlardan “*bahisle*” yardım talep etmektedir. Bu nedenle, tipe uygun eylemin bulunmadığı bu hallerde, eylemin hukuka uygunluk sebepleri içerisinde olup olmadığını tartışmaya gerek yoktur.

VII. Kusurluluğu Kaldıran/Azaltan Sebepler

Dilencilik suçu bakımından kusurluluğu kaldırان sebeplerden zorunluluk halinin uygulanabilmesi mümkündür. Örneğin; hasta olan çocuğunu tedavi ettirebilmek için ya da soğuk kış gününde korunaksız

⁷⁸ 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu’nun 2. maddesi, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin (633 sayılı) m. 2/1.g hükmü ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nun m. 3 vd. maddeleri, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun’un 1. maddesi ve Yardım Toplama Kanunu’nun, 3. ve 6. maddeleri kapsamındaki yardım talepleri.

(odun, kömür vs. yakacağı bulunmayan) bir evde ikamet eden ve aç olan bir kimsenin ağır ve muhakkak açlık ve donma tehlikesinden korunmak için çocuğunu veya bedenlen veya ruhen kendisini idare edemeyen bir kimseyi araç olarak kullanıp dilenmesi halinde zorunluluk hali söz konusu olacaktır.

Her ne kadar, yardım kuruluşlarına veya devlete başvurulabileceği gerekçesiyle açlık veya donma tehlikesinden başka türlü kurtulma olanağının bulunduğu akla gelebilir ise de, soğuk bir günde ve aç bir şekilde bulunan failin bu durumda sözü edilen kurumlara müracaat imkânı bulunmayacağından (ya da müracaat etse dahi bu kurumlar tarafından derhal yardım yapılma imkânı bulunmadığından) ağır ve muhakkak bu tehlikeden kurtulmak için, dilencilik suçunun işlenmesi zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmelidir.

Dilencilik suçu açısından TCK m.28 hükmünde düzenlenen ve kusurluluğu kaldıran bir hal olan “*cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit*” müessesinin de uygulanma ihtimali bulunmaktadır. Örneğin; anne veya babanın cebir veya şiddet kullanmak ya da korkutma ve tehdit ile, bir çocuğunu (büyük kardeşi) küçük kardeşini veya engelli bir yakınıni araç olarak kullanmak suretiyle dilenmeye zorlaması halinde TCK m. 28 hükmü uygulanabilecektir. Ancak böyle bir durumda, cebir ve şiddetin veya korkutma ve tehdidin ne şekilde gerçekleştiğinin her türlü şüpheden uzak bir şekilde ve delillerle ortaya konulması gerekmektedir⁷⁹.

VIII. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A. Teşebbüs

Dilencilik suçu salt hareket suçudur (hareketi neticesine bitişik suç). Salt hareket suçu olduğundan, -icra hareketleri bölünebilir olmadıkça- dilencilik suçuna teşebbüs mümkün değildir. Ancak, icra hareketleri bölünebiliyorsa (örneğin, failin çocuğunu teşhir ettiği sırada ya da

⁷⁹ Örneğin, failin yara bere içerisinde bulunması, anne/babasının dilenmemesi halinde kendisine zarar vereceği tehdidinde bulunması vs. hususlarının maddi deliller ve tanık beyanları ile ortaya konulmuş ise, bu şartlar altındaki bir çocuğun sözü edilen cebir ya da tehditten –dilencilik suçunu işlemeksizin- kurtulabilme imkanı bulunmamaktadır.

beraberinde bulunan engelli ya da yaşlı bir kimseyi teşhir etmek üzere hazırladığı ya da henüz herhangi bir kimseden bir şey talep etmeksizin dolaştığı sırada yakalanır ise), teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir.

Dilencilik suçu, çocuk veya bedenen ya da ruhen kendini idare edemeyecek bir kişinin araç olarak kullanılması anında tamamlanır. Bu nedenle, suçun tamamlanması için muhataptan (dilenilen kimseden) herhangi bir menfaat elde edilip edilmemesinin suçun oluşmasına bir etkisi yoktur.

B. İştirak

Dilencilik suçu, iştirak hükümleri yönünden herhangi bir özellik göstermez. Bu suç yönünden, beraber işleme (müşterek faillik), azmettirme ve yardım etme hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür.

Dilencilik suçunda, araç olarak kullanılan kişilerin suçun konusunu oluşturmaları sebebiyle bu kişiler ile fail arasındaki ilişki iştirak hükümleri kapsamında değerlendirilemez.

C. İçtima

1. Genel Olarak

Suçun maddi unsurları bahsinde açıklandığı üzere, dilencilik suçu kesintisiz bir suç olmadığı gibi, dilencililiğin cezalandırılabilmesi için meslek edinilmesine de gerek yoktur. Failin, bir çocuğu veya bedenen ya da ruhen kendini idare edemeyecek bir kimseyi bir kez dahi dilencilikte araç olarak kullanması halinde eylem dilencilik suçunu oluşturacaktır.

Failin karayolunda araçların arasında ya da sokakta dolaşmak suretiyle –ara vermeksizin- birden fazla kişiyi muhatap alarak dilenmesi sırasında, çocuğu veya bedenen veya ruhen kendini idare edemeyecek durumda olan bir kişiyi araç olarak kullanması durumunda, suçun mağduru kendisinde yardım talep edilen kimseler olmadığı için, birden fazla kimseden yardım talep edilmiş olması tek başına eylemi zincirleme suç haline getirmeyecektir.

Ayrıca, sözü edilen eylem belli bir zaman dilimi içerisinde kesintiye uğramaksızın süreklilik arz ederek gerçekleştiğinden doğal olarak birden fazla olsa da, hukuken tek sayılmalı ve fail –zincirleme suç

hükümleri uygulanmaksızın- tek dilencilik suçundan cezalandırılmalı fakat bu husus cezanın belirlenmesinde ve bireyselleştirilmesinde (TCK m. 61/1,e) dikkate alınmalıdır.

Nitekim Yargıtay da, “*araya zaman aralığı girmediği ve fiilin kesintiye uğramadan devam ettiği*” durumlarda, fiilin tek olarak kabul edilmesi gerektiği ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı görüşünü benimsemiştir⁸⁰.

Dilencilik eylemi kesintiye uğramış ise, örneğin, iki farklı günde dilencilik eylemi gerçekleştirilmiş ise, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Dilencilik suçunun mağduru belli bir kişi olmadığından (suçun mağduru toplum olduğundan) bu suç yönünden de zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür (TCK m. 43/1).

2. Dilencilik Suçunun Dilencilik Kabahatinden Ayırt Edilmesi

Çocuk, yaşlı veya engelli birisinin ya da bir yetişkinin, çalışmaya muktedir olduğu halde, bir başkasından maddi bir talepte bulunması dilencilik kabahatini oluşturmaktadır (Kabahatler Kanunu m. 33). Kabahatler Kanunu’nda yer alan dilencilik kabahatini bireysel/doğrudan dilencilik olarak tanımlamak mümkündür.

TCK’nin 229. maddesinde düzenlenen dilencilik eylemi ise, “*çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanmak*” suretiyle dilencilik olup; suç sayılan dilencilikte bir başkasının acziyetini veya bedensel ya da ruhi engelinden yararlanma ya da onun bu durumunu sömürü aracı haline getirme söz konusudur.

Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, TCK m. 229 kapsamında bir çocuğu ya da bir engelliye araç olarak kullanan ve bu eylem sırasında da çocuk veya engelliden söz ederek dilenen kimsenin eylemi hem dilencilik suçunu hem de dilenme kabahatini oluşturmaktadır. Kabahatler Kanunu’nun m. 15/3 hükmü uyarınca, bir fiil hem kabahat

⁸⁰ Yargıtay 13. CD, 12.2.2013 tarih, E. 2011/26314 ve K. 2013/2626

hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacaktır.

3. Dilencilik Suçunun Kötü Muamele Suçundan Ayırt Edilmesi

Dilencilik suçu kapsamında failin; çocuğunu veya bedenlen veya ruhen kendini idare edemeyecek durumda olan eşini araç olarak kullanması halinde eylem hem dilencilik suçunu hem de TCK m. 232 hükmünde düzenlenen kötü muamele suçunu oluşturacaktır.

Bu durumda, tek bir eylemle (veya hukuken tek kabul edilen eylem ile) aynı anda birden fazla farklı suçun oluştuğundan, TCK m. 44 (fikri içtima) hükmü uyarınca, fail ağır suç olan dilencilik suçundan cezalandırılacaktır.

Ancak, failin çocuğunu veya bedenlen veya ruhen kendini idare edemeyecek durumda olan eşini araç olarak kullanmaksızın, onları dilencililiğe yönlendirmesi/zorlaması⁸¹ veya sokakta çalışmaya (selpak veya çiçek satmaya, ayakkabı boyama ya da tartı işi yapmaya) zorlaması halinde, dilencilik suçu oluşmayacaktır. Bu türden eylemler sadece kötü muamele suçuna vücut verecektir.

Nitekim Yargıtay da, “çocukların sağlık ve eğitimleriyle ilgilenmeyip, ısrarla çocuklarını gece geç saatlere kadar sokakta çalıştırma” eyleminin TCK m. 232 hükmünde düzenlenen kötü muamele suçunu oluşturduğuna karar vermiştir⁸².

4. Dilencilik Suçunun Dolandırıcılık Suçundan Ayırt Edilmesi

Dilencilik suçunun oluşabilmesi için failin, çocuğu veya bedenlen veya ruhen kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimseyi araç olarak kullanması gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, araç olarak

⁸¹ Bu eylem bakımından kabahate azmettirme söz konusu olsa da (Kabahatler Kanunu m. 14/1), eylem aynı zamanda kötü muamele suçunu oluşturduğundan, Kabahatler Kanunu’nun m.15/3 hükmü uyarınca, sadece kötü muamele suçuna ilişkin yaptırım uygulanabilecektir.

⁸² Yargıtay 4. CD. 14.5.2003 tarih, E. 2002/21425 ve K. 2003/3978.

kullanılan kişinin çocuk olmaması ya da gerçekte bedenlen ya da ruhen kendini idare edemeyecek bir kişi olmamasına rağmen hile ile bu şekilde gösterilmesi halinde dilencilik suçundan söz edilemeyecektir.

Gerçekte çocuk olmadığı halde çocuk kıyafeti giydirilen bir kişinin araç olarak kullanılması ya da gerçekte bedenlen ve ruhen kendini idare edebilecek bir kimsenin felçliymiş gibi yürüyerek veya sakat numarası yaparak bedenlen ve ruhen kendini idare edemiyormuş gibi gösterilmesi halinde bu türden “*hileli*” davranışlarla, muhatabın merhamet ve acıma duygularını harekete geçirerek ondan menfaat temin edilmesi eylemi dolandırıcılık suçunun “*hile*” unsuru kapsamında ele alınmalıdır.

Dolandırıcılık suçunu düzenleyen TCK m. 157 hükmüne bakıldığında, “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlama*” eyleminin suç olarak kabul edildiği görülmektedir.

Bu noktada kanun koyucunun hilenin basit ya da mevsuf (vasıflı) bir hile olmasını aramadığı açıktır. Kanun koyucunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında, yukarıda yer verilen hileli dilencililiğin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu rahatlıkla söylenebilecektir⁸³.

Ancak Yargıtay’ın günümüzde geçerli olan istikrarlı uygulamasına göre, basit hile ya da soyut yalan dolandırıcılık suçunun “*hile*” unsuru kapsamında değerlendirilemez⁸⁴.

Yargıtay’a göre dolandırıcılık suçu bakımından⁸⁵: “*Hile, maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, yanılgıya düşüren, düzen, dolap,*

⁸³ Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2013, s. 643. 644.

⁸⁴ Özbek, Veli Özer/ Kanbur, M. Nihat/ Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 686. Yargıtay’ın (geçmiş uygulamasında), soyut yalanın da somut olayın özelliklerine göre, dolandırıcılık suçuna vücut verebileceği yönündeki kararları için bkz. Tümerkan, Somay, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), İstanbul 1987, s. 39, 40, 41.

⁸⁵ Yargıtay CGK, 26.6.2012 tarih, E. 2011/15-420 ve K. 2012/249. Yargıtay CGK’nin, 27.4.2004 tarih, E. 2004/6-85 ve K. 2004/104 sayılı kararına göre de: “*Hile, maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, yanılgıya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika vb. her türlü eylemdir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli*

oyun, entrika vb. her türlü eylemdir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı olanaklara ve sığata sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir. Ancak sadece yalan söylemek, dolandırıcılık suçunun hile unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Yasa koyucu yalanı belirli bir takım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğı hallerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca **hukuki işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekildeki aldatma, dolandırıcılık suçunun oluşumuna yetmez.**

Yapılan yalan açıklamaların dolandırıcılık suçunun hileli davranış unsurunu oluşturabilmesi için, bu açıklamaların doğruluğunu kabul ettirebilecek, böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek yoğunluk ve güçte olması ve gerektiğinde yalana bir takım dış hareketlerin eklenmiş bulunması gerekir.

Dolandırıcılık suçunda hileli davranışın ancak bu şekilde gerçekleşmiş sayılacağını kabul eden bu görüşe “sahneye koyma” (mise en scène) teorisi adı verilmektedir. O halde dolandırıcılık suçunun unsurunu oluşturan hileli davranış şu şekilde tanımlamak mümkündür. ***Olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarfedilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve***

davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı olanaklara ve sığata sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir. Desise ise, maddi nitelikte fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmede kullanılan vasıtaadır. **Ancak sadece yalan söylemek, dolandırıcılık suçunun hile unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Yasamız yalanı, belirli bir takım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğı hallerde cezalandırmaktadır.** Böyle olunca hukuki işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekilde aldatma, ceza yaptırımını gerektirmez.”

eylemlerinde bir hata meydana getirmesidir. Böylece dolandırılanın iradesi fesada uğratılmakta, sakatlanmaktadır.”

Dolandırıcılık suçu bakımından, hilenin muhatabını kandırmaya elverişli olup olmadığı, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmeli, muhatabını kandıracak boyuta, yoğunluğa ulaşip ulaşmadığı, mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı mağdurun durumu, faili olan ilişkisi ve hilenin mahiyetine göre belirlenmelidir⁸⁶.

Ancak, bir topluluğun önüne gidip onlara hitap ederek, gerçeğe aykırı surette tanzim ettiği ya da başkasını aldatacak tarzda değiştirdiği bir hastalık raporunu göstererek çocuğunun kanser olduğunu ve çoluk çocuğuna bakması ve tedavi olması için kendisine para gerektiğini söyleyerek menfaat temin eden kişinin eylemi dolandırıcılık suçunu oluşturacak⁸⁷ ve fail TCK m. 158 ve belgede sahtecilik suçlarından ayrı ayrı cezalandırılacaktır (TCK m. 212 hükmü uyarınca).

Yukarıda, devlet ya da kamu tüzel kişilerinin zararına dilencilik suçunun işlenemeyeceğini belirtmiştik. Ancak, bir kamu tüzel kişisinden veya devletten yardım alabilmek için, gerçekte ihtiyaç sahibi olmadığı halde sahte belgelerle ihtiyaç sahibi gibi göstererek yardım alma eylemi nitelikli dolandırıcılık (TCK m. 158/1,e) ve belgede sahtecilik (TCK m. 204 vd.) suçlarını oluşturacak ve fail her iki suçtan da cezalandırılacaktır.

5. Dilencilik Suçunun İnsan Ticareti Suçundan Ayrıtılması

TCK m. 80 hükmünde düzenlenen insan ticareti suçu, zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokma, ülke dışına çıkarma, tedarik etme, kaçırma, bir yerden başka bir yere götürme veya sevk etme ya da barındırma biçiminde işlenebilen bir suç tipidir.

⁸⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, 2. Baskı, 4. Cilt, Ankara 2014, s. 5077 vd.

⁸⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, 4. Cilt, s. 5092.

İnsan ticareti suçu, özel kast ile işlenen bir suç tipi olup, kanunda sayılan “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak” amaçlarının (saiklerinin) bulunmaması halinde eylemin insan ticareti suçu olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir.

Failin sözü edilen amaçları gerçekleştirmesi halinde (mağduru zorla çalıştırması, fuhuş yaptırması veya organlarının verilmesini sağlaması) ayrıca bu suçlardan dolayı da cezalandırılması gerekmektedir⁸⁸.

Öğretinin bir kısmına göre, bir babanın çocuğunu dilencilik yaptıran bir çeteye para karşılığında temin etmesi halinde, insan ticareti suçu ile birlikte dilencilik suçu da oluşmakta ve failin her iki suçtan da sorumlu tutulması gerekmektedir⁸⁹. Ancak, çoğunluktaki aksi görüşe göre, bu durumda sadece insan ticareti suçu olduğundan, fail sadece bu suçtan cezalandırılmalıdır⁹⁰.

Kanaatimizce, dilencilik suçunun dolaylı dilencilik şeklinde, yani çalışma süsü verilerek failin hâkimiyeti/denetimi altında bir çocuğun veya bedenlen ya da zihnen kendini idare edemeyen bir kimsenin sattığı şey ya da gördüğü hizmetin üstünde bir talep etmesi şeklinde işlenen dilencilik suçu, TCK m. 80 bağlamında “zorla çalıştırma” anlamına gelir ve bu durumda fail araç olarak kullandığı kişiyi kendisi temin etmiş ise, hem insan ticareti hem de dilencilik suçlarından ayrı ayrı cezalandırılır.

Fail ya da bu maksatla kurulmuş bir suç örgütü tarafından temin edilen çocuk ya da bedenlen veya ruhen kendini idare edemeyecek durumdaki bir kimsenin dilencilik suçunda araç olarak kullanılması suretiyle dilencilik suçunun işlenmesi halinde ise, bu türden bir eylem, araç olarak kullanılan kimselerin “esaret altına alınması” anlamına

⁸⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 93 vd.

⁸⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 97,98; Renk, Bersu/ Demir, Oğuzhan Ömer, İnsan Ticareti ve Yasal Düzenlemeler: Eski Sorunlar, Yeni Çözümler, Polis Bilimleri Dergisi, C. 13, S. 1, Y. 2011, s. 61.

⁹⁰ Koca, Mahmut, İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m. 201/b), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, Yıl. 2003, s. 154; Tezcan/Erdem/Önok, s. 117; Yenidünya, A. Caner, İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80), Ankara 2007, s. 196.

gelecektir. Bu durumda failin/faillerin hem insan ticareti hem de dilencilik suçundan cezalandırılmasını gerektirir. Ayrıca, bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde her iki suç yönünden de, suçun bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmiş olması sebebiyle cezayı ağırlaştıran nitelikli halin de uygulanması gerekmektedir.

IX. Yargılama ve Yaptırım

Dilencilik suçu, Asliye Ceza Mahkemesi'nin görevine giren bir suçtur. Bu suçun soruşturulması ve kovuşturması herhangi bir özellik arz etmez.

Suçun temel halinin yaptırımı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Sözü edilen hapis cezası dikkate alındığında, suçun temel haline ilişkin dava zamanaşımı süresi de sekiz yıldır (TCK m. 66/1,e).

Failin, dilencilik suçundan elde ettiği menfaat bakımından TCK m. 55 hükmü uyarınca, “*suçtan elde edilen menfaatin*” müsadere hükmolunabilecektir. Ancak, TCK m. 55/1, son cümle hükmü uyarınca, suçtan elde edilen menfaat hakkında “*müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi*” gerektiğinden, dilencilikten elde edilen kazancın müsadere edilebilmesi için, suçtan zarar görene (dilenilen kimseye) iade edilememiş olması gerekmektedir.

Dilencilik suçunda, bir çocuğun suçta araç olarak kullanılması söz konusu olduğundan, dilencilik suçunda araç olarak kullanılan çocuk hakkında, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu (m. 3/b-4) ve Çocuk Koruma Kanunu (m. 3/1,a-1 ve m. 5) kapsamında, koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanmasına da karar verilebilecektir.

SONUÇ

Toplumsal bir vakıa ve ciddi bir ahlaki sorun olan dilencilik suçu, yaygın işlenen, hemen hergün herkesin karşılaştığı bir suç olmasına karşın, bu suçla etkin bir biçimde mücadele edilmemektedir. Sık işlenmesine rağmen, suçun uygulaması yok denecek kadar azdır. Anılan sebeplerle, dilencilik kadim bir meslek haline gelmiştir.

Bireysel dilencilik ahlaki kötülük olması ve haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle kabahat olarak yaptırıma bağlanmış iken; çocukların veya bedenlen ya da ruhen kendini idare edemeyecek kimselerin dilencilikte araç olarak kullanılması dilencilik suçunu oluşturmaktadır.

Bir kimsenin bireysel olarak dilenmesi “*ahlaki kötülük*” olduğu halde; bir başkasını dilencilikte araç olarak kullanması ya da bir başkasının dilencilığe zorlaması “*gizli bir sömürü/istismar ya da bir tür köleleştirme*” olup, toplumsal bir sorundur.

Kanun koyucunun her iki eylemin haksızlık içeriğini derecelendirmek suretiyle; bir başkasını dilencilikte araç olarak kullanma fiilini suç olarak kabul etmesinde “*ülkenin sosyal, kültürel yapısı ve etik değerlerini*” göz önüne aldığı görülmektedir.

Dilencilik suçunun oluşabilmesi için, kim olursa olsun bir çocuğun veya bedenlen ya da ruhen kendini savunamayacak durumda olan bedensel ya da zihinsel engelli (ya da hasta veya yaşlı) bir kimsenin araç olarak kullanılması gerekmektedir.

Dilencilik suçuyla korunan hukuki değer hem genel ahlak hem de çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayan kimselerin sömürülmesine engel olma gayesiyle insan onurunun dokunulmazlığıdır.

Dilencilik suçu açısından önemli olan, insanların merhamet ve acıma duygularına hitap edecek şekilde, bir çocuğu veya bedensel engeli bulunan veya kendini idare edemeyecek bir kimsenin araç olarak kullanılmasıdır. Bu eylem, bir çocuk tarafından gerçekleştirilmiş olsa da, suç teşkil edecektir.

Kanunda geçen araç olarak kullanma deyiminden, suçun konusunu oluşturan kimselerin, muhatabın (menfaat talep edilen kişi) algılayabileceği bir şekilde beraberinde (yanında, elinden tutarak veya sırtında vs.) ya da muhatabın görebileceği bir yerde bulundurulması anlaşılmalıdır.

TCK m. 229 kapsamında, “*dilenme*” eyleminin araç olarak kullanılan çocuk ya da bedenlen veya ruhen kendisini idare edemeyecek kişi tarafından yapılması zorunlu değildir. Fail, dilenme eylemini beraberinde bulunan ve araç olarak kullandığı kişiye yaptırabileceği gibi; kendisi de yapabilecektir.

Dilencilik suçu bakımından önemli olan husus, fiilen “*dilenme*” eyleminin kimin tarafından icra edildiği değil; dilenme eylemi sırasında bir çocuk veya bedenlen ya da ruhen kendisini idare edemeyecek bir kişinin muhatabın algılayabileceği (acıma hislerine hitap edecek şekilde) bir yerde bulundurulmak suretiyle dilenilmesidir.

Araç olarak kullanma eylemini, araç olarak kullanılan kişilerin mutlaka failin yanında (ona bitişik) bulunması gerektiği şeklinde anlamamak gerekir.

Çalışıyor süsü verilerek selpak, çiçek satma vs. perdesi altında çocukların dilencilikte araç olarak kullanılması da failin çocuğu hâkimiyeti altında (yanında veya yakın bir yerde bulunmak suretiyle hâkimiyeti altına alarak) tutarak bu türden bir davranışa yönlendirmesi (dolaylı dilencilik) eylemi de TCK m. 229 kapsamında dilencilik suçunu oluşturur. Ancak failin (anne veya babanın ya da büyük kardeşin) hâkimiyeti ya da bilgisi olmaksızın, çocuğun dolaylı şekilde dilencilik yapması, çocuk açısından (15 yaşını tamamlamış olması halinde) dilencilik kabahatine vücut verecektir.

Failin, çocuğu veya bedenlen ya da ruhen kendisini savunamayan bir kişiyi, araç olarak kullanıp kullanmadığı hususu, dilenme anında dilenen kişinin ve dilencilikte araç olarak kullanılan kişilerin konumları, birbirlerine yakınlıkları, dilenen kişi ile dilencilikte araç olarak kullanılan kişinin giysileri, söylenen sözler, araç olarak kullanılan kişinin (örneğin,

çocuğun) hangi konumda bulunduğu ve sair hususlar bir bütün halinde değerlendirilerek ispat edilmelidir. Dilenen kimse, çocuğunu veya yaşlı ya da engelli yakınına bırakacak bir yer olmadığı için beraberinde getirmiş ve fakat çocuğunu araç olarak kullanmamışsa eylem TCK m. 229 kapsamında değildir.

Kişinin gerçekte bedenlen veya ruhen kendini idare edebilecek durumda olduğu halde, akıl hastası veya engelli süsü verilmek suretiyle bu şekle sokulması ya da hasta olmadığı halde maske takılması veya sakat olmadığı halde koltuk değneği, sargı veya alçı kullanılması halinde eylem dilencilik suçu kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Bir topluluğun önüne gidip onlara hitap ederek, gerçeğe aykırı surette tanzim ettiği ya da başkasını aldatacak tarzda değiştirdiği bir hastalık raporunu göstererek çocuğunun kanser olduğunu ve çokluk çocuğuna bakması ve tedavi olması için kendisine para gerektiğini söyleyerek menfaat temin eden kişinin eylemi vasıflı bir hile ve bir sahneye koyma (mizansen) olduğu için, bu halde dolandırıcılık suçu işlenmiş olur.

Özel kanunlarda ya da özel hukuk tüzel kişilerinin düzenleyici işlemlerinde (dernek tüzüğü, vakıf senedi vs.) yer alan hükümlerden hareketle, yardım talebinde bulunan kimselerin eylemi, hakkın kullanılması hukuka uygun sebebi kapsamında olacağından dilencilik olarak nitelendirilemez. Bu türden eylemler, tipik olsa da hukuka aykırı değildir.

KAYNAKÇA

- Arslan, Çetin, İnsan Ticareti Suçu (TCK md. 201/b), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 4, Y. 2004
- Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2014

- Aydın, Hakan/ Gündüz, Veysel, Çocuk Güvenliğinin Sağlanmasında Yerel Yönetimlerin Rolü: “Taş Atan Çocuklar” Sorunu, Türk İdare Dergisi, S. 468, Eylül 2010
- Aytaç, Ömer/Akdemir, İlhan Oğuz, “Türkiye’de Yeni Kentli Yoksulluk Sorunu”, Yoksulluk (2. Cilt), İstanbul 2003
- Buyrukçu, Ramazan, Dilenciliğin Yaygınlaşması ve Önlenmesinde Dini Anlayışların ve Diyanet İşleri Başkanlığı’nın Rolü, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) TebliğlerKitabı, İstanbul 2008
- Coşkun, İsmail/ Erkilet, Alev, İstanbul Halkının Dilencilik Olgusuna Bakış Açısı, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yay. N. 2020-15, İstanbul 2010
- Çakan, İ. Lütfi, Dünya Hayatına Karşı Müslümanların Tutumları, Diyanet Dergisi, C. 16, S. 1, Yıl. 1975
- Çakıroğlu, Bayram Ali, Belediyeler ve Türkiye’de Dilenciliğin Boyutları, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) TebliğlerKitabı, İstanbul 2008
- Çelebi, Mevlüt, Bir Dilencinin Anıları, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) TebliğlerKitabı, İstanbul 2008
- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt I, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Baskı, İstanbul 1997
- Gedik, Ömer, Dilenciliğin Türk Pozitif Hukukundaki Yeri, Bir Kent Sorunu: Dilencilik

- Göç Vakfı, Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) TebliğlerKitabı, İstanbul 2008
- Güntekin, Reşat Nuri, Miskinler Tekkesi, İnkılap Kitabevi, İstanbul, t.y., İnternet Medyası Çocuk Hak İhlali İzleme Raporu 2012, Türkiye 2012; Çocuklar Sadece Hak İhlallerinden Pay Aldı
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2014
- Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım, (Editör, Yener Ünver), Ankara 2014
- Jescheck, Hans- Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, (Çev. Feridun Yenisey), İstanbul 2007
- Karacoşkun, Mustafa Doğan, Bir İstismar Yolu Olarak Dilencilik – Sivas Örneği-, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) TebliğlerKitabı, İstanbul 2008
- Koca, Mahmut, İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m. 201/b), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, Yıl. 2003
- Köktürk, Milay, Bir Bilinç Durumu Olarak Dilencilik, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) TebliğlerKitabı, İstanbul 2008
- Miras, Kamil, S ahih-i Buhari Mahtasarı Tecrid-i Sarih Tercümesi ve Şerhi, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1973, 5. Cilt
- Munzer, Stephan R., “Beggars of God”, The Christian Ideal of Mendicancy, Journal of Religious Ethics, Vol. 27, Iss. 2, Y. 1999

- Özbek, Veli Özer/ Kanbur, M. Nihat/ Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014
- Özek, Çetin, Organize Suç, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998
- Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2013
- Özer, Yunus Emre/Yontar, İbrahim Güray, Dilencilik Olgusu, Kent Güvenliği İlişkisi ve İzmir Büyükşehir Bütününde Dilencilikle Mücadele, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008
- Özer, Yunus Emre/ Yontar, İbrahim Güray, Kent Güvenliğini Tehdit Eden Bir Unsur Olarak Dilencilik, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Kış 2013, C. 12, S. 43
- Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, 5. Baskı, Ankara 2012
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2014
- Parillo, Vincent N./ Stimson, John/ Stimson, Ardyth, Contemporary Social Problems, Second Ed. New York 1989
- Renk, Bersu/ Demir, Oğuzhan Ömer, İnsan Ticareti ve Yasal Düzenlemeler: Eski Sorunlar, Yeni Çözümler, Polis Bilimleri Dergisi, C. 13, S. 1, Y. 2011
- Sancaklı, Saffet, Dilencilikle Mücadelede Başarılı Olmak İçin Dini Referanslar Kullanmanın/Dinin Motivasyonundan Yararlanmanın Önemi, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu

- (Sorunlar ve Çözüm Yolları)
Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008
- Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (No.273), Sevinç Matbaası, Ankara 1970
- Tuna, Korkut/ Parin, Suvat, Kent Yaşamı ve Dilencilik: İstanbul Dilencileri Üzerine Sosyolojik Bir Araştırma, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008
- Tutkun, Ömer F./ Koç, Mustafa, Çocuk Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye’de Çocuk Haklarına Yönelik Çalışma ve Yasal Düzenlemeler, Ege Eğitim Dergisi, C. 3, S. 2, Y.2003
- Tümerkan, Somay, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), İstanbul 1987
- Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003
- Üzülmez, İlhan, Dolaylı Faillik, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, Y. 2006
- Vatandaş, Celalettin, Dilenciler ve Dilencilik (Sosyolojik Bir Araştırma), Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.4, S. 1, Y. 2002
- Vatandaş, Celalettin, Toplumsal Bir Değer Olarak “Yardımlaşma” ve “Dilenciler”, Afyon Kocatepe Üniversitesi SBE Dergisi, C.5, S. 1, Y. 2005
- Walsh, Tamara, Defending Begging Offenders, QUT Law & Justice Journal, V. 4, N. 1, Y.2004

- Walsh, Tamara, “Waltzing Matilda One Hundred Years Later: Interactions Between Homeless Persons and the Criminal Justice System in Queensland’ (2003) 25 *Sydney Law Review*
- Wassan, Aijaz/ Khuro, Ali Sajjad, Beggary in District Sanghar: A Sociological Analysis of Sahahdadpur, Tandoadam anda Sinjhoru Subdivisions, New Horiznos, V. 5, N.2, Y. 2011
- Yalçın, Nur, Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Çözüm Önerileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Projesi, İstanbul 2011
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, Ankara 2010 (4. Cilt, Ankara 2014)
- Yavuz, Hakan A, Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sisteminde Tarihsel Gelişim Sürece, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 100, Y. 2012.
- Yenidünya, A. Caner, İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80), Ankara 2007
- Yeniçeri, Celal, İslam Öğretisinde Çalışıp Kazanma/Kesb İlkesi ve Emeksiz Kazanç Peşine Düşme Olarak Dilencilik ve Benzerlerine Bakış, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008
- Yılmaz, Elif, Gizli Dilenciler: İstanbul’da Sokakta Çalıştırılan Çocuklar, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı, İstanbul 2008

TÜRK YÜKSEKÖĞRETİM DÜZENİNDE ÖĞRETİM ÜYESİ YETİŞTİRİLMESİNİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

*Yrd. Doç. Dr. K. Burak Öztürk**

ÖZET

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun araştırma görevlisi statüsünü öngören 33 üncü maddesi, 35 inci madde ile birlikte değerlendirildiğinde, öğretim elemanı istihdam edilmesi suretiyle öğretim üyesi yetiştirilmesinin yasal çerçevesini oluşturmaktadır. Türk yükseköğretim sisteminde öğretim üyesi yetiştirilmesini sağlamak için Yükseköğretim Kurulu tarafından yürütülmekte olan Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı (ÖYP), özellikle esas aldığı merkezi yerleştirme sistemiyle, yükseköğretime ilişkin yasal düzenlemelerin çizdiği çerçevenin dışında kalmaktadır. Herhangi bir yasal dayanağı bulunmayan ÖYP modelinin yasal düzenlemelerde Anayasa'da öngörülen üniversite özerkliği ilkesine uygun değişiklikler yapılmadan uygulanması hukuken mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı (ÖYP), araştırma görevlisi, yükseköğretim, merkezi yerleştirme, idare hukuku.

LEGAL FRAMEWORK OF TRAINING OF ACADEMICS IN TURKISH HIGHER EDUCATION SYSTEM

ABSTRACT

Article 33 of the Higher Education Law no. 2547, providing rules concerning research assistants, combined with article 35 of the same Law, constitutes the legal framework of training of academics by means of recruiting academic staff. Academics Training Programme, which is

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

implemented by the Council of Higher Education, does not fit in the framework drawn by the legal dispositions, notably because of the central recruitment system it provides. The above mentioned Programme, which has no legal basis, can not be carried on unless necessary amendments are made to the relevant legal dispositions in conformity with the principle of the autonomy of universities provided by the Constitution.

Keywords: Academics Training Programme, research assistant, higher education, central recruitment, administrative law.

GİRİŞ

Anayasa'nın 130 uncu maddesinin ifadesiyle, “(ç) *ağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere*” kurulan üniversitelerin, bu faaliyetleri yerine getirebilmek için “insan gücü”ne ihtiyaç duyduğu ortadadır. Türkiye’de sayıları giderek artan yükseköğretim kurumlarındaki öğretim üyesi açığı¹, bu ihtiyacın tam olarak karşılanamadığını göstermektedir². Öğretim üyelerinin yetişmesinde, üniversitelerce sağlanan lisansüstü öğretim vazgeçilmez bir öneme sahip olmakla birlikte, bunun tek başına yeterli olmadığı ve bir öğretim üyesi yetiştirme sisteminin geliştirilmesi gerektiği savunulmaktadır³.

Türk yükseköğretim sistemi içerisinde, bu ihtiyacın karşılanmasında başvurulabilecek araçlardan en belirgini, araştırma

¹ Türkiye’de öğretim elemanı açığına ilişkin veri ve değerlendirmeler için bkz. Çetinsaya, G.: Büyüme, Kalite, Uluslararasılaşma: Türkiye Yükseköğretimi İçin Bir Yol Haritası, 2. B., Eskişehir 2014, s. 128 v.d.

² Öğretim üyesi ihtiyacı karşılanmadan yeni üniversiteler kurulmasının bu açığın oluşmasının önemli nedenlerinden birini oluşturduğu söylenebilir. Bkz. Karakütük, K./Özdemir, Y.: “Bilim İnsanı Yetiştirme Projesi (BİYEP) ve Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı’nın (ÖYP) Değerlendirilmesi”, Eğitim ve Bilim, C. 36, S. 161 (2011), s. 28.

³ Çetinsaya, s. 136-137.

görevlisi statüsüdür⁴. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun⁵ getirdiği düzen içerisinde bu statünün öğretim üyesi yetiştirilmesi amacı ile ilişkisinin irdelenmesi, konuya ilişkin yasal çerçevenin de ortaya konmasını sağlayacaktır. Ancak bu çalışmanın asıl amacı, Türkiye’de öğretim üyesi yetiştirilmesine ilişkin olarak neredeyse on beş yıldır uygulanan Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı’nın (ÖYP) bu yasal çerçeve içerisinde değerlendirilmesidir.

I. Öğretim Üyesi Yetiştirilmesi ve Araştırma Görevlisi Statüsü

Türk yükseköğretim sisteminde araştırma görevlisi statüsünü düzenleyen ana hüküm, 2547 sayılı Kanun’un 33 üncü maddesinde yer almaktadır. Bununla birlikte, aynı Kanun’da araştırma görevlilerine ilişkin başka bazı düzenlemeler de mevcuttur. Araştırma görevlisi statüsünün öğretim üyesi yetiştirilmesi amacı ile ilişkisinin tam olarak ortaya konabilmesi için, 33 üncü madde yanında, sözü edilen diğer düzenlemelerin de değerlendirilmesi zorunludur.

A. Temel Hüküm: 2547 sayılı Kanunun 33 üncü Maddesi

Araştırma görevlisi, 2547 sayılı Kanunun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, öğretim yardımcılarında arasında düzenlenmektedir. Buna göre, “(a)araştırma görevlileri, yükseköğretim kurumlarında yapılan araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olan ve yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapan öğretim yardımcılardır”. Aynı hüküm, araştırma görevlilerinin atanmasında yetkili makam ve atanma usulünü düzenlerken, atamanın belirli süre için yapılacağını da öngörmektedir: “Bunlar, ilgili anabilim veya anasanat dalı başkanlarının önerisi, Bölüm Başkanı, Dekan, enstitü, yüksekokul veya konservatuvar müdürünün olumlu görüşü üzerine rektörün onayı ile araştırma görevlisi kadrolarına en çok üç yıl süre ile atanırlar; atanma

⁴ Danıştay da bir kararında, araştırma görevliliği kadrosunu “akademik kariyerin başlangıcı” olarak nitelendirmektedir. Bkz. Danıştay 8. D., 24.6.1998, E. 1998/2002 K. 1998/2374 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yine Danıştay’a göre, “(a)araştırma görevlileri, öğretim üyelerinin kaynağını oluşturur”. Bkz. Danıştay 8. D., 18.10.2004, E. 2004/2158 K. 2004/3865 (UYAP – Bilgi Bankası).

⁵ R.G. 6.11.1981 – 17506.

süresi sonunda görevleri kendiliğinden sona erer. Bunlar aynı usulle yeniden atanabilirler”.

2547 sayılı Kanunun araştırma görevlisi statüsünü düzenleyen temel hükmü niteliğindeki 33 üncü maddesi, bu statü ile lisansüstü öğretim arasında herhangi bir ilişki kurmamaktadır. Bir başka anlatımla, anılan madde uyarınca, araştırma görevlilerinin aynı zamanda lisansüstü öğretim yapması ya da lisansüstü öğrenciler arasından atanması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır⁶. Lisansüstü öğrenim görmeyen ya da bu öğrenimi tamamlamış bir kimsenin de araştırma görevlisi kadrosuna atanmasına engel yoktur.

Bu bakımdan, 33 üncü madde tek başına, araştırma görevlilerinin öğretim üyesi kaynağı olduğu ve genel olarak araştırma görevlisi statüsünün öğretim üyesi yetiştirilmesi amacına hizmet ettiği yolunda bir yaklaşımın hukuki çerçevesini oluşturmaya elverişli değildir. Bu maddede araştırma görevlisi istihdam edilmesi, yükseköğretim kamu hizmetinin

⁶ Danıştay da bir kararında, 2547 sayılı Kanun’un 50/d maddesinden farklı olarak, 33 üncü madde uyarınca yapılan atamalarda, ilgilinin doktora eğitimini tamamlamış olmasının tek başına görev süresinin uzatılmamasına gerekçe oluşturamayacağına karar vermiştir. Bkz. Danıştay 8. D., 7.2.1995, E. 1994/2851, K. 1995/365 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bununla birlikte Danıştay’ın, 2547 sayılı Kanun’un 33 üncü maddesi uyarınca atanan bir araştırma görevlisinin doktora eğitiminde başarısız olması nedeniyle kadrosu ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin işleme karşı açılan davada, “2547 sayılı Yasanın 33. maddesinde araştırma görevlilerine doktora yapma gibi bir zorunluluk getirilmediğinden, davacının doktora eğitiminde başarısız olduğundan bahisle eski görevine başlatılmamasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle” işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararını bozduğu görülmektedir. Bkz. Danıştay 8. D., 18.10.2004, E. 2004/2158 K. 2004/3865 (UYAP – Bilgi Bankası). Bozma kararında yer alan şu ifadeler dikkat çekicidir: “(Araştırma görevlilerinin) yüksek lisans ve doktora eğitimini süresinde başarmaları gerekir. Yüksek lisans ve doktora eğitiminde başarısız elemanların araştırma görevliliği görevine de son verilmemesi halinde, bu kadrolar başarısız kişiler tarafından devamlı şekilde işgal edilmiş ve üniversitenin ihtiyacı olan ve öğretim üyelerinin kaynağını oluşturan yeni ve başarılı araştırma görevlilerinin atanması imkansız hale geleceğinden, doktora öğreniminde başarısız olduğu tartışmasız bulunan davacının araştırma görevlisi kadrosunu işgal etmesinde kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir”. Aynı yönde bkz. Danıştay 8. D., 16.5.2005, E. 2004/4516 K. 2005/2324 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

yürütülmesine yardımcı olacak insan kaynağının sağlanması amacına dönük olarak öngörülmektedir. Bu bakımdan, 33 üncü maddede yapılan tanım, araştırma görevlileri ile yine aynı maddede düzenlenen uzman, çevirici, eğitim-öğretim planlamacısı gibi diğer öğretim yardımcısı statüleri arasında öğretim üyesi yetiştirilmesi yönünden bir ayırım yapmaya olanak tanımamaktadır.

Bununla birlikte, 33 üncü madde hükmü, lisansüstü öğrenim gören kişilerin araştırma görevlisi kadrosuna atanmasına ya da araştırma görevlilerinin lisansüstü öğrenim görmesine engel oluşturmadığı gibi, “*lisansüstü eğitim – öğretim için yurtdışına gönderilecek araştırma görevlileri*” hakkında da hükümler içermekle, araştırma görevlisi kadrosunun öğretim üyesi yetiştirilmesinin bir aracı olarak kullanılmasını tümüyle dışlamadığını göstermektedir. Ne var ki, araştırma görevlisi kadrosunun bu amaç doğrultusunda kullanılmasına ilişkin açık bir dayanağı, başka yasal düzenlemelerde aramak gerekmektedir.

B. Araştırma Görevlisi Statüsüne İlişkin Diğer Yasal Düzenlemeler

1. 2547 sayılı Kanunun 50/d Maddesi

2547 sayılı Kanunun 50/d maddesinde, “*(l)isans üstü öğretim yapan öğrenciler(in), kendilerine tahsis edilebilecek burslardan yararlanabilecekleri gibi, her defasında bir yıl için olmak üzere öğretim yardımcılığı kadrolarından birine de atanabil*”ecekleri öngörülmektedir. Aslında bu hükmün, 33 üncü maddede öngörülenden farklı bir araştırma görevlisi statüsü öngördüğünü söylemek mümkün değildir; zira bu maddede düzenlenen yalnızca lisansüstü öğrencisine öğretim yardımcılığı kadrolarından birine atanabilme olanağı getirilmesidir. Bu atama ise, 33 üncü madde uyarınca ve 33 üncü maddede öngörülen kadroya yapılacaktır. 2547 sayılı Kanunun 50/d maddesinde getirilen ve 33 üncü maddeye göre farklılık arz eden tek husus, atamanın her defasında bir yıl için yapılmasıdır. 33 üncü maddede atamanın en çok üç yıl için yapılabileceği öngörüldüğünden, 50/d maddesi, esasen, atama süresi yönünden de bir farklılık getirmemekte; yalnızca idarenin atama süresini

belirlemek konusunda sahip olduğu takdir yetkisini, 50/d maddesi delaletiyle yapılacak atamalar yönünden, bağlı yetkiye dönüştürmektedir.

Bu hükümle, öğretim yardımcılığı kadrosu ile lisansüstü öğretim arasında doğrudan bir ilişki kurulduğu görülmektedir. Ancak bu düzenlemenin mantığı, öğretim üyesi yetiştirilmesini sağlamak üzere bir araştırma görevlisine lisansüstü öğrenim yaptırılması olmayıp, tam tersine, lisansüstü öğrencisine araştırma görevlisi kadrosuna atanmak suretiyle bir olanak sağlanmasıdır⁷. Ayrıca, bu düzenlemeye dayanılarak Üniversitelerarası Kurul tarafından çıkartılan Lisansüstü Öğrenim Görenlerden Öğretim Yardımcısı Kadrolarına Atanacakların Hak ve Yükümlülükleri ile Tıpta Uzmanlık Öğrencilerinin Hakkında Yönetmeliğin⁸ 10 uncu maddesi uyarınca, “2547 sayılı kanunun 50. maddesine göre öğretim yardımcılığı kadrolarına geçici olarak atanıp, yüksek lisans, doktora, sanatta yeterlik ve tıpta uzmanlık öğrenimlerini başarı ile tamamlayarak yüksek lisans, doktora veya sanatta yeterlik diploması veya tıpta uzmanlık belgesi alanların kadro ile ilişkileri(nin) kendiliğinden kesil”mesi, 50 nci maddeye göre atama yapılan araştırma görevlisi kadrosunun görece güvencesiz niteliğini ortaya koymaktadır⁹. Lisansüstü öğrenim tamamlandığı anda araştırma görevlisi statüsü ile ilişkinin kesilmesini, öğretim üyesi yetiştirilmesi amacı ile bağdaştırmaya olanak bulunmadığı açıktır.

⁷ Danıştay’a göre de, “Yasanın 50. maddesinin (d) bendine göre yapılan atamalarla, lisansüstü eğitim yapan öğrencilerin, bu eğitimleri süresince maddi olarak desteklenmeleri amaçlanmakta”dır. Bkz. Danıştay 8. D., 7.2.1995, E. 1994/2851, K. 1995/365 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸ R.G. 13.10.1984 – 18544.

⁹ Aslında Yönetmelikte yer alan, “yüksek lisans, doktora veya sanatta yeterlik diploması veya tıpta uzmanlık belgesi alanların kadro ile ilişkileri(nin) kendiliğinden kesil”eceği kuralının, 2547 sayılı Kanun’un 50/d maddesinin, atamaların “her defasında bir yıl için” yapılacağı açık hükmü ile bağdaşmadığı da ortadadır. Zira Kanun’da öngörülen bir yıllık süre dolmadığı halde, Yönetmelik uyarınca diplomanın alınması ile ilişkinin kesilmesi sonucu doğmaktadır. Kamu görevi ile ilişkinin sona ermesi neticesini doğuran bir düzenlemenin, Kanun’a açıkça aykırı olarak idarenin düzenleyici işlemi ile öngörülmesine olanak bulunmamaktadır.

2. 2547 sayılı Kanunun 35 inci Maddesi

Öğretim üyesi yetiştirilmesine ilişkin açık hüküm, 2547 sayılı Kanun'un 35 inci maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca, “(y)ükseköğretim kurumları; kendilerinin ve yeni kurulmuş ve kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının ihtiyacı için yurt içinde ve dışında, kalkınma planı ilke ve hedeflerine ve Yükseköğretim Kurulunun belirteceği ihtiyaca ve esaslara göre öğretim elemanı yetiştirirler”.

Görüldüğü gibi, 35 inci maddenin birinci fıkrası, yükseköğretim kurumlarına öğretim elemanı yetiştirme görevi vermekle birlikte, bunun yöntemi ya da hukuki araçları hakkında herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Düzenlemede bu görevin YÖK'ün belirteceği ihtiyaç ve esaslara göre yerine getirileceği öngörülmüş olmakla birlikte, YÖK'ün bu konuda sahip olduğu “esas belirleme” yetkisinin son derece sınırlı olduğu açıktır. Anayasa'nın 130 uncu maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca, “öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri” ile “öğretim elemanı yetiştirme”, kanunla düzenlenmesi gereken konular arasındadır. Bu nedenle, YÖK'ün 35 inci madde hükmüne dayanarak, öğretim üyesi yetiştirilmesi amacıyla, sözgelimi 2547 sayılı Kanun'un 33 üncü maddesinde öngörülenden farklı bir araştırma görevlisi statüsü yaratmasına olanak bulunmamaktadır¹⁰.

Hal böyle olunca, 2547 sayılı Kanun'un 35 inci maddesinin birinci fıkrası, geniş ve soyut ifade biçimiyle öğretim üyesi yetiştirilmesine ilişkin farklı yöntem ve modellere olanak tanır görünmekle birlikte, bu yöntem ve modelleri de 2547 sayılı Kanun'da aramak gerekir. Bu noktada, 35 inci maddenin ikinci fıkrasında, öğretim üyesi yetiştirilmesine ilişkin somut ve uygulanabilir bir model öngörüldüğü görülmektedir. Buna göre, “(ö)ğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurulunca geçici

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, kanunla öngörülenden farklı bir öğretim elemanı statüsü yaratılması bir yana, akademik kadrolara kimlerin atanacağı hususunun düzenlenmesini YÖK'e bırakan kanun hükmünü dahi Anayasa'nın 130 uncu maddesine aykırı bulmuştur. Bkz. AYM, 5.11.2009, E. 2006/120 K. 2009/151, R.G. 15.4.2010 – 27553.

olarak tahsis edilebilir. Bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar, bu eğitimin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönerler”. Maddenin son fıkrasında da, yurt içi veya yurt dışında yetiştirilen öğretim elemanları için mecburi hizmet yükümlülüğü öngörülmektedir¹¹.

2547 sayılı Kanun’un 35 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının birlikte değerlendirilmesi, bu maddenin öğretim üyesi yetiştirilmesine ilişkin çeşitli olasılıklar arasından yalnızca birini düzenlediğini göstermektedir. Bu olasılık, bir yükseköğretim kurumunun ihtiyacı için yurt içindeki bir başka yükseköğretim kurumu tarafından öğretim elemanı yetiştirilmesidir. Buna göre, öğretim elemanına ihtiyaç duyan üniversitenin araştırma görevlisi kadroları, lisansüstü öğretim yaptırılması amacıyla başka bir üniversiteye YÖK tarafından geçici olarak tahsis edilmekte; bu yöntemle lisansüstü öğrenimlerini tamamlayan araştırma görevlileri, eğitimlerinin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönmektedirler. Kanun hükmünde YÖK tarafından geçici olarak tahsis edilecek araştırma görevlisi kadrolarının niteliği hakkında bir açıklık bulunmamakla birlikte, 35 inci maddeye dayanılarak çıkartılan Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin¹² 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında tahsis edilen kadronun dolu ya da boş olabileceği hükme bağlanmakta; aynı maddenin üçüncü fıkrasında, “(k)adronun boş olması halinde, lisansüstü öğrenim görecekt öğrencilerin seçilme ve atama

¹¹ 2547 sayılı Kanun’un 35 inci maddesinde öngörülen mecburi hizmet yükümlülüğü, bu çalışmada ele alınmamaktadır. Bunun nedeni, çalışmanın öğretim üyesi yetiştirilmesinin hukuki araçlarına ve çerçevesine yoğunlaşmış olması yanında, mecburi hizmet yükümlülüğünden kaynaklanan sorunların geniş kapsamıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, R./Başözen, A.: “Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve ‘35’likzedeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1 (2006), s. 11-30; Sezer, Y.: “Öğretim Elemanlarının Mecburi Hizmet Yükümlülüğü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 2, S. 4 (2011), s. 17-44; Rüzgaresen, C.: “Lisans Yüksek Öğretim Kanunu’nun 35 inci Maddesi’nin Uygulanma Biçimi ve Bu Madde Nedeniyle Açılan Davalar”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 11, S. 22 (Güz 2012/2), s. 263- 312.

¹² R.G. 23.5.1997 – 22997.

işlemleri(nin), eğitim yapacak üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünün ilgili yönetim kurulu kararıyla yapılacağı düzenlenmektedir.

Görüldüğü gibi, 2547 sayılı Kanun'un 35 inci maddesinde düzenlenen öğretim elemanı yetiştirilmesi görevinin hukuki aracı, yine 33 üncü maddede düzenlenen araştırma görevlisi statüsüdür. 35 inci madde, bir üniversitenin dolu araştırma görevlisi kadrolarının lisansüstü öğrenim amacıyla bir başka üniversiteye tahsisine izin vermekte; boş araştırma görevlisi kadrosunun tahsis edilmesi durumunda ise, kadroya yapılacak atamaya ilişkin işlemlerin lisansüstü eğitimi yaptıracak olan üniversite tarafından yürütülmesini öngörmektedir. Ancak her iki durumda da, araştırma görevlisi kadrosuna 2547 sayılı Kanun'un 33 üncü maddesi uyarınca atama yapılacağı açıktır.

2547 sayılı Kanun'un 35 inci maddesinin birinci fıkrası, öğretim elemanı yetiştirilmesine ilişkin farklı olasılıklara da olanak tanıyarak görünmekle birlikte, anılan maddede bu olasılıklara ilişkin olarak yöntem düzenlenmediği görülmektedir. Birinci fıkrada, yükseköğretim kurumlarının kendi ihtiyaçları için de öğretim elemanı yetiştirebilecekleri öngörülmekte; ayrıca, öğretim elemanlarının sadece yurt içinde değil, yurt dışında yetiştirilmesi olasılığına da yer verilmektedir. Ancak bu ihtimallerde, araştırma görevlisi kadrolarının bir başka yükseköğretim kurumuna geçici olarak tahsis edilmesi yöntemine başvurulamayacağı açıktır. 33 üncü maddede, araştırma görevlilerinin lisansüstü öğretim için yurt dışına gönderilmesine ilişkin hükümler yer almakla birlikte, yükseköğretim kurumlarının kendi ihtiyaçları için öğretim elemanı yetiştirmesi konusu, 35 inci maddenin birinci fıkrası dışında herhangi bir hükümde düzenlenmemektedir. Ancak 2547 sayılı Kanun'da bu ihtimale özgü farklı bir yöntem yer almadığı sürece, buna elverişli tek hukuki aracın da, 33 üncü madde uyarınca araştırma görevlisi istihdamı olduğu ortadadır.

II. Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı (ÖYP)

Lisansüstü öğretim verme olanağına sahip olan yükseköğretim kurumlarında araştırma görevlilerine yüksek lisans ve doktora yaptırılması suretiyle gelişmekte olan yükseköğretim kurumlarına öğretim üyesi yetiştirilmesi amacıyla tasarlanan ÖYP, ilk defa 2002’de Orta Doğu Teknik Üniversitesi’nde (ODTÜ) uygulanmaya başlamış; 2002-2009 yılları arasında Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) tarafından desteklenerek yürütülmüştür¹³.

Yükseköğretim Yürütme Kurulu’nun 23.03.2010 tarih ve 2010.9 sayılı Kararı ile güncellenerek¹⁴ uygulamasına devam edilen ÖYP, bugün de Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılmış olan Öğretim Üyesi Yetiştirme Programına İlişkin Usul Ve Esaslar¹⁵ (Usul ve Esaslar) uyarınca yürütülmektedir.

Usul ve Esaslar, ÖYP için tahsis edilen araştırma görevlisi kadrolarına merkezi sistemle yerleştirme yapılmasını ve bu suretle istihdam edilen araştırma görevlilerine kadrolarının bulunduğu yükseköğretim kurumunda ya da başka bir üniversitede lisansüstü öğretim yaptırılmasını öngörmektedir. Bu şekilde istihdam edilen araştırma görevlileri, lisansüstü öğrenimleri süresince çeşitli olanaklardan yararlanabilmekte; buna karşılık, lisansüstü öğrenimlerini tamamladıklarında kadrolarının bulunduğu yükseköğretim kurumunda mecburi hizmet yükümlülüğüne tâbi olmaktadır¹⁶.

Bu haliyle araştırma görevlisi istihdamının özel bir biçimini öngördüğü izlenimini uyandıran ÖYP’nin, 2547 sayılı Kanun’un 33 ve 35

¹³ Çetinsaya, s. 134.

¹⁴ Memiş, P./Sağır, A.: “Yükseköğretimde Yeni(lenmiş) İstihdam Örneği Olarak ÖYP”, International Journal of Human Sciences, Vol. 10, Issue 1 (2013), s. 80.

¹⁵ Öğretim Üyesi Yetiştirme Programına İlişkin Usul Ve Esaslar için bkz. <http://www.yok.gov.tr/web/oyp/usul-ve-esaslar> (Erişim Tarihi: 15.11.2014)

¹⁶ Memiş/Sağır, s. 84’te, ÖYP kapsamında lisansüstü öğretim verebilecek durumda olan bir yükseköğretim kurumunun kadrosuna atanan araştırma görevlisinin, lisansüstü öğretimi tamamladıktan sonra mecburi hizmetini de bu yükseköğretim kurumunda gerçekleştirmesinin, ÖYP’nin gelişmekte olan üniversitelerin öğretim üyesi ihtiyacını karşılama amacı ile bağdaşmadığı belirtilmektedir.

inci maddelerine dayandığı ve programın bu maddelerin uygulanması bağlamında hayata geçirildiği düşünülebilir. Nitekim, 2547 sayılı Kanun'un 35 inci maddesinin, ÖYP'nin yasal dayanağını oluşturduğu savunulmakta¹⁷; hatta ÖYP, ek olanaklarla donatılmış bir 35 inci madde uygulaması olarak görülmektedir¹⁸. Her ne kadar, 35 inci madde ÖYP uygulamasının sadece bir yönüyle ilişkili olup, ÖYP kapsamında atandığı yükseköğretim kurumunda lisansüstü öğrenim gören araştırma görevlileri bakımından uygulama alanı bulamasa da, 33 üncü madde ile birlikte ÖYP için bir yasal dayanak oluşturduklarını savunmak mümkündür.

Bununla birlikte, ilk bakışta yapılan bu tespitin, ÖYP'ye ilişkin ayrıntılı hükümlerin değerlendirilmesi suretiyle sınanması zorunludur; zira yukarıda da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 130 uncu maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca, “*öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri*” ile “*öğretim elemanı yetiştirme*”, kanunla düzenlenmesi gereken konular arasındadır. Bu bağlamda, Usul ve Esaslar uyarınca, ÖYP kapsamında araştırma görevlisi kadrolarının ilanı, bu kadrolara başvuru ve yerleştirme ile atamaya ilişkin hususların 2547 sayılı Kanun ile diğer yasal düzenlemeler ışığında daha yakından incelenmesi gerekmektedir.

A. Araştırma Görevlisi Kadrolarının İlanı

ÖYP, yukarıda da belirtildiği gibi, öğretim üyesi yetiştirilmesi amacıyla araştırma görevlisi istihdamını öngörmektedir. Usul ve Esaslar'ın 4 üncü maddesinde, her yıl ÖYP çerçevesinde atama yapılacak araştırma görevlisi kadro sayısının Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirleneceği; bu kadroların yükseköğretim kurumlarına dağılımının ise, YÖK tarafından yapılacağı hükme bağlanmaktadır. Aynı madde uyarınca, ilgili yükseköğretim kurumları ÖYP kapsamında atama yapmak istedikleri

¹⁷ Memiş/Sağır, s. 81. Bununla birlikte, Usul ve Esaslar'ın dayanak maddesinde (m. 2), 2547 sayılı Kanun'un 35 inci maddesine atıf yapılmamaktadır.

¹⁸ Bu ek olanaklar, ilgili araştırma görevlisine proje ve seyahat ödeneği tahsis edilmesi ve yurtiçinde ya da yurtdışında kısa süreli görevlendirme imkânıdır. Bkz. Öğretim Üyesi Yetiştirme Programları (ÖYP) Hakkında Bilgi Notu, DPT, Ekim 2009'dan aktaran Memiş/Sağır, s. 81.

kadroları YÖK’e bildirmekte; atama yapılacak kadrolar YÖK Yürütme Kurulu tarafından belirlenmekte ve ilan edilmektedir.

2547 sayılı Kanun’da öğretim elemanı kadrolarının nasıl ilan edileceğine ilişkin doğrudan ve açık bir düzenleme yer almamakla birlikte, Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında 78 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin¹⁹ (KHK) 5 inci maddesinde, öğretim üyesi dışındaki boş öğretim elemanı kadrolarına yapılabilecek atama sayısı sınırının her yıl merkezi yönetim bütçe kanununda gösterileceği öngörülmekte; “(m)erkezî yönetim bütçe kanununda belirtilen atama sayısının yükseköğretim kurumları itibarıyla dağılımı, kullanımı ve diğer hususlar(ın) Maliye Bakanlığının ve Devlet Personel Başkanlığının görüşleri üzerine Yükseköğretim Kurulunca belirlen(eceği) ve boş öğretim elemanı kadrolarına Yükseköğretim Kurulunun izni olmadıkça atama yapılamaz”yacağı hükme bağlanmaktadır.

Esas olarak, Usul ve Esaslar’da yer alan düzenlemenin 78 sayılı KHK’nın 5 inci maddesinde öngörülen kural doğrultusunda kaleme alındığı görülmektedir. Zaten, ÖYP kapsamında atanacak araştırma görevlileri, 78 sayılı KHK’da sözü edilen “öğretim üyesi dışındaki öğretim elemanları” içerisinde yer aldığından, Usul ve Esaslar’ın KHK’ya uygun olması gerekir. Bu nedenle, Usul ve Esaslar’da kadroların dağılımının YÖK tarafından yapılacağının öngörülmüş olması, KHK hükmü uyarınca bu dağılım yapılırken Maliye Bakanlığı ile Devlet Personel Başkanlığı’nın görüşlerine başvurulması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Yine Usul ve Esaslar’da YÖK Yürütme Kurulu’na tanınan atama yapılacak kadroları belirleme yetkisini, 78 sayılı KHK’nın 5 inci maddesinde öngörüldüğü şekilde, “kadroya atama yapılmasına izin verme yetkisi” olarak anlamak gerekir.

Bu noktada, kadro ilanında ilgili yükseköğretim kurumunun rolünün belirlenmesi önem kazanmaktadır. Bu belirleme, önemli bir sorunun yanıtını da beraberinde getirecektir: YÖK’ün ilgili yükseköğretim

¹⁹ R.G. 16.9.1983 – 18167.

kurumunun isteği olmaksızın ÖYP kapsamında araştırma görevlisi kadrosu ilan etmesi mümkün müdür?

78 sayılı KHK'nın 5 inci maddesinde bu konuda herhangi bir düzenleme yer almazken, Usul ve Esaslar'ın 4 üncü maddesinde, ilgili yükseköğretim kurumlarının ÖYP kapsamında atama yapmak istedikleri kadroları YÖK'e bildirecekleri hükme bağlanmıştır. Bu anlamda Usul ve Esaslar, YÖK'e tanıdığı atama yapılacak kadroları belirleme yetkisini, ilgili yükseköğretim kurumunun talebine bağlamış görünmektedir. Kaldı ki, yukarıda belirtildiği gibi, Usul ve Esaslar'ın YÖK'e tanıdığı bu yetkinin 78 sayılı KHK'nın 5 inci maddesine uygun olarak "kadroya atama yapılmasına izin verme yetkisi" biçiminde yorumlanması halinde, izne konu olacak bir "kadro ilanı istemi" bulunması gerekeceği açıktır. Bu bakımdan, Usul ve Esaslar uyarınca, ilgili yükseköğretim kurumunun iradesi olmaksızın YÖK tarafından ÖYP kapsamında araştırma görevlisi kadrosu ilanının mümkün olmadığı görülmektedir²⁰.

Kaldı ki, ÖYP ile sınırlı olmaksızın, genel olarak öğretim elemanı kadro ilanları bakımından da yargı kararlarıyla benimsenen çözüm bundan farklı değildir. Danıştay, 2547 sayılı Kanun'un 13/b-3 maddesinde Rektöre, "*Üniversitenin (...) kadro ihtiyaçlarını (...) hazırlamak ve Yükseköğretim Kuruluna sunmak*" görevinin verilmiş olmasından hareketle, "*üniversitelerin kadro ihtiyacını belirleyerek buna göre gerekli süreci takip edip ilan vermek hususunda rektörün görevli olduğu*" sonucuna varmaktadır²¹. Dolayısıyla, ÖYP kapsamında olanlar dahil her türlü akademik kadro ilanının ilgili yükseköğretim kurumunun inisiyatifıyla yapılması yasal bir zorunluluktur.

²⁰ Bu yönde bkz. Ankara 7. İdare Mahkemesi, 28.5.2014, E. 2014/155 K. 2014/739 (yayımlanmamıştır).

²¹ Danıştay 8. D., 2.7.2010, E. 2009/2026 K. 2010/3966 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinsoy, M.A./Mısır, M.B.: "*Öğretim Üyeliğine Atama Sürecinin Başlangıcı, Ek Koşullar ve Jüri Raporları*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 1 (2012), s. 357 v.d.

B. Merkezi Yerleştirme

Usul ve Esaslar'ın 5 inci maddesinde, ilan edilecek bu kadrolara başvuran adaylar için ÖYP puanı hesaplanması öngörülmekte; 6 ncı maddede ise, başvuran adayların ilan edilen kadrolara ÖYP puanı esas alınarak merkezi sistemle yerleştirilecekleri hükme bağlanmaktadır.

Merkezi yerleştirme, ÖYP'nin “özgün” boyutunu ve bir anlamda belirleyici unsurunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte, merkezi yerleştirmenin yasal dayanağını 2547 sayılı Kanun'da bulmak mümkün değildir. 2547 sayılı Kanun'un 33 üncü maddesi, araştırma görevlisi kadrosuna atama usulünü düzenlemekle birlikte, atanacak araştırma görevlisinin hangi esas ve usullere göre seçileceğini öngörmemektedir.

Araştırma görevlisi kadrosuna yapılacak atamalarda adaylar arasında hangi yöntemle seçim yapılacağını düzenleyen hüküm, yukarıda bir başka vesileyle zikredilen 78 sayılı KHK'nın ek 8 inci maddesinde yer almaktadır. Buna göre, araştırma görevlisi kadrolarına “*açıktan veya öğretim elemanı dışındaki kadrolardan naklen atanabilmek için Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılacak merkezî sınavda 100 puan üzerinden en az 70 puan almak ve bu sınavı müteakip yükseköğretim kurumlarınca yapılacak giriş sınavında başarılı olmak şarttır*”. Düzenleme, görüldüğü gibi, araştırma görevlisi kadrolarına atama için iki aşamalı sınav usulü öngörmekte; merkezi sınav yanında, ilgili yükseköğretim kurumu tarafından yapılacak giriş sınavında da başarılı olunmasını şart koşturmaktadır.

ÖYP ile getirilen sistemde öngörülen merkezi yerleştirmenin, 78 sayılı KHK'nın ek 8 nci maddesine aykırı olduğu açıktır. Zira ÖYP'de merkezi sınav sonuçlarının da katkısıyla hesaplanan ÖYP puanı esas alınarak merkezi yerleştirme yapılmakta; 78 sayılı KHK'nın ek 8 inci maddesinde öngörülen giriş sınavı yapılmaksızın atama gerçekleştirilmektedir. Oysa KHK hükmü, ilgili yükseköğretim kurumunu sürecin dışında bırakacak şekilde giriş sınavı yapılmamasını yalnızca Tıpta Uzmanlık Tüzüğü hükümlerine göre uzmanlık eğitimine alınanlar için mümkün kılan bir istisna hükmü dışında, buna izin vermemektedir.

78 sayılı KHK'nın ek 8 inci maddesinin uygulanmasını sağlamak için çıkarılan Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Naklen veya Açıktan Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik²² de, bu konuda herhangi bir kuşkuya yer bırakmamaktadır. Anılan Yönetmeliğin "Muafiyet" kenar başlıklı 14 üncü maddesinde, giriş sınavı koşulundan muafiyete ilişkin herhangi bir hüküm yer almadığı gibi, ÖYP kapsamındaki araştırma görevlisi kadrosuna yapılacak başvurular için yalnızca yabancı dil koşuluna ilişkin muafiyet öngörülmektedir.

Bu düzenlemeler karşısında, ÖYP kapsamındaki istihdam biçiminin kilit noktasını oluşturan merkezi yerleştirmenin hukuka aykırı olduğu; bu kapsamda araştırma görevlisi kadrolarına yapılacak atamalarda da, merkezi sınav yanında, ilgili yükseköğretim kurumu tarafından giriş sınavı yapılması gerektiği görülmektedir.

Bu noktada, 78 sayılı KHK'nın ek 8 inci maddesi hükmüne rağmen, ÖYP'de merkezi yerleştirme ile araştırma görevlisi istihdamına izin veren başka bir yasal düzenleme olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Aslında, Usul ve Esaslar'ın dayanak maddesinde (m. 2), 2547 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesi yanında, ilgili yılın Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'na atıf yapıldığı görülmektedir. Her yıl ÖYP kapsamında atama yapılacak araştırma görevlisi kadrolarının o yılın Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirleneceği Usul ve Esaslar'da öngörülmektedir; ancak, bunun ötesinde, Bütçe Kanunu'nun ilgili hükmünün ÖYP için yasal dayanak oluşturup oluşturamayacağı sorusuna yanıt aranmalıdır.

Gerçekten 2010, 2011 ve 2012 yılları bütçe kanunlarında²³, ilk bakışta ÖYP'ye yasal dayanak oluşturmaya elverişli görünen hükümler yer almaktadır. Belirtilen yılların bütçe kanunlarının üçünde de, 22 nci maddenin beşinci fıkrası bu konuyu düzenlemektedir. Her üç

²² R.G. 31.7.2008 – 26953.

²³ 5944 sayılı 2010 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu için bkz. R.G. 31.12.2009 – 27449 (mük.); 6091 sayılı 2011 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu için bkz. R.G. 31.12.2010 – 27802 (mük.); 6260 sayılı 2012 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu için bkz. R.G. 29.12.2011 – 28157 (mük.)

düzenlemede de, öncelikle ÖYP kapsamında atama yapılacak araştırma görevlisi kadroları için bir asgari sayı öngörülmekte; son cümlede ise, ÖYP'ye ilişkin usul ve esasların YÖK tarafından belirleneceği hükme bağlanmaktadır. 2010 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nda, ÖYP kapsamındaki araştırma görevlilerinin “*yurt içinde ve yurtdışında yetiştirilmelerine, yabancı dil öğretimi ile söz konusu Program kapsamında yükseköğretim kurumlarına sağlanacak diğer desteklere ilişkin esas ve usuller*”in YÖK tarafından düzenleneceği belirtilirken; 2011 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile 2012 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nda, “*söz konusu kadrolara atanacak adayların puan türleri esas alınarak kurumlar itibarıyla merkezi olarak yerleştirilmeleri*” hususu da, YÖK tarafından belirleneceği öngörülen esas ve usuller kapsamında açıkça tasrih edilmiştir.

Bu anlamda, özellikle 2011 ve 2012 yılları bütçe kanunlarında merkezi yerleştirmeye ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi konusunda YÖK'ü yetkili kılan bir hükmün yer aldığı ve bunun ÖYP için yasal dayanak oluşturduğu söylenebilirse de, bütçe kanunlarının diğer kanunlardan ayrılan hukuki rejimi, bu sonucu doğurmaya elverişli görünmemektedir.

“(D)evlete ve diğer kamu tüzel kişilerine kamu harcamalarında bulunmak ve kamu gelirlerini toplamak konusunda belli bir süre için yetki veren” bütçe kanunu, soyut ve genel kural içermeyen şart-işlem olarak nitelenmektedir²⁴. Anayasa koyucu, bütçe kanununu diğer kanunlardan farklı bir hukuki rejime tâbi tutmuş ve Anayasa'nın 161 inci maddesinin son fıkrasında “(b)*ütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulama*”yacağı kuralını öngörmüştür. Bir yandan bütçe kanununun diğer kanunlardan farklı nitelikte olmasının, diğer yandan da bütçe kanununun yapılmasında, diğer kanunlar için öngörülen usulden farklı bir yöntem öngörülmesinin sonucu olan bu düzenleme, bütçe

²⁴ Özbudun, E.: Türk Anayasa Hukuku, 14. B., Ankara 2013, s. 220.

kanunlarına bütçe ile ilgili olmayan hükümler konmasını yasaklamaktadır²⁵.

“Bütçe ile ilgili olmayan hükümler”den ne anlaşılması gerektiği, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında açıklanmaktadır²⁶. Buna göre, bütçe ile ilgili hükümler, “*bütçeyi açıklayıcı, uygulanmasını kolaylaştırıcı nitelikte düzenlemeler*”i ifade etmekte olup, “*(b)ir yasa kuralının bütçeden gider yapmayı ya da bütçeye gelir sağlamayı gerektirir nitelikte bulunması, mutlak biçimde ‘bütçe ile ilgili hükümlerden’ sayılmasına yetmez. Her yasada gidere neden olabilecek değişik türde kurallar bulunabilir. Böyle kuralların bulunmasıyla örneğin, yargı, savunma, eğitim, sağlık, tarım, ulaşım ve benzeri kamu hizmeti alanlarına ilişkin yasaların bütçeyle ilgili hükümler içerdiği kabul edilirse, bu konulardaki yasaların değiştirilip kaldırılması için de bütçe yasalarına hükümler koymak yoluna gidilebilir. Oysa, bu tür yasa düzenlemeleri, bütçenin yapılması ve uygulanması yöntemiyle ilişkisi bulunmayan, yasakoyucunun başka amaçla ve bütçe yasalarından tümüyle değişik yöntemlerle gerçekleştirilmesi gereken yasama işlemleridir*”²⁷.

Bu açıdan bakıldığında, 2010, 2011 ve 2012 yılları Merkezi Yönetim Bütçe Kanunlarında yer alan ve ÖYP kapsamındaki araştırma görevlilerinin yetiştirilmelerine ve bu kadrolara atanacak adayların puan türleri esas alınarak kurumlar itibarıyla merkezi olarak yerleştirilmelerine ilişkin usul ve esasların YÖK tarafından belirleneceğini öngören kuralın, Anayasa’nın 161 inci maddesi anlamında bütçe ile ilgisi olmayan hüküm niteliği taşıdığı ve Anayasa’ya aykırı olduğu açıktır. Bu kural, bütçeden gider yapmayı gerektirir nitelikte olsa da, bütçenin yapılması ve uygulanması yöntemiyle ilişkisi bulunmadığı gibi, bütçeyi açıklayan ya da

²⁵ Bu kuralın gereği olarak, bütçe kanunları ile diğer kanun hükümlerinde değişiklik yapılması da mümkün değildir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Öner, C.: “Bütçe Dışı Hükümler”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 4 (Güz 2009), s. 65-74.

²⁶ Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin çok sayıda kararına örnek olarak bkz. AYM, 14.1.2010, E. 2009/92 K. 2010/11 (R. G. 18.5.2010 – 27585); AYM, 29.11.2005, E. 2005/6 K. 2005/93 (R.G. 28.10.2006 – 26330); AYM, 22.1.2004, E. 2003/41 K. 2004/4 (R.G. 8.12.2004 – 25664).

²⁷ AYM, 1.4.2010, E. 2009/10 K. 2010/56 (R.G. 21.6.2010 – 27619).

uygulanmasını kolaylaştıran bir yönü de yoktur. Bu nedenle, bütçe kanununda öngörülmesi mümkün değildir.

Anılan bütçe kanunlarının Anayasa'ya aykırı olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiş olmaları nedeniyle yürürlükte bulunduklarını savunmak da mümkün görünmemektedir. Türk anayasal sistemi uyarınca, bütçe kanunları bir yıllık süreler için yapıldıklarından, yürürlükleri ilişkin oldukları mali yıl ile sınırlıdır²⁸. 2013 ve 2014 yılları bütçe kanunlarında²⁹ ise, önceki yıllarda öngörülen ve YÖK'e ÖYP ile ilgili usul ve esasları belirleme yetkisi veren hükme koşt herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, Anayasa'ya aykırılık sorunu bir yana, bugün Türk pozitif hukukunda ÖYP kapsamındaki araştırma görevlisi kadrolarına merkezi usulle yerleştirme yapılmasına izin veren bir yasal düzenleme mevcut değildir.

Kaldı ki, böyle bir düzenlemenin bütçe kanunu dışında bir kanun hükmü ile öngörülmesinin de, Anayasa'nın 130 uncu maddesi hükmüne uygun olacağı kuşkuludur. Yukarıda da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 130 uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasında, “*öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri*” ile “*öğretim elemanı yetiştirme*”nin, kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu hüküm karşısında, öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla araştırma görevlisi kadrolarına merkezi usulle yerleştirme yapılması da, kanunla düzenlenmesi gereken bir husustur. Kanunun, çerçeve çizmeden, herhangi bir ilke getirmeden, hiçbir esas belirlemeksizin konunun düzenlenmesini idareye bırakması, Anayasa'nın yasama organına tanıdığı yasama yetkisinin devri niteliğinde olacaktır³⁰.

²⁸ Anayasa Mahkemesi, diğer kanunlarda değişiklik yapan bütçe kanunu hükümlerini iptal ederken, söz konusu bütçe kanunu hükmünün diğer kanunu “ilgili yıl için” değiştirdiğini açıkça belirtmektedir. Örnek olarak bkz. AYM, 22.3.2006, E. 2006/22 K. 2006/40 (R.G. 14.12.2006 – 26376).

²⁹ 6363 sayılı 2013 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu için bkz. R.G. 31.12.2012 – 28514 (mük.); 6512 sayılı 2014 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu için bkz. R.G. 27.12.2013 – 28864 (mük.)

³⁰ Anayasa Mahkemesi'ne göre, “*Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı*

C. Atama

Adaylar, YÖK tarafından ilan edilen yerleştirme sonuçlarına göre araştırma görevlisi kadrolarına atanmakta olup, Usul ve Esaslar'ın 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, atamaların ilgili yükseköğretim kurumu tarafından 2547 sayılı Kanun'un 33 üncü maddesi uyarınca yapılacağı belirtilmektedir. İlan edilen kadrolara başvurular beyan usulüne göre yapılmakta olup (Usul ve Esaslar, m. 6/I), adayların beyanlarının doğruluğunun da, atama sırasında ilgili yükseköğretim kurumu tarafından denetleneceği öngörülmektedir (m. 6/II).

ÖYP kapsamındaki araştırma görevlilerinin merkezi usulle yerleştirilmelerini, 2547 sayılı Kanun'un atanmalarında uygulanacak 33 üncü maddesi ile bağdaştırmaya da olanak bulunmamaktadır. 33 üncü maddenin atama usulünü düzenleyen ve yukarıda da zikredilen hükmü, atama işlemini yapma yetkisini ilgili üniversitenin rektörüne tanırken, bu yetkinin ilgili anabilim veya anasanat dalı başkanlarının önerisi ile Bölüm Başkanı, Dekan, enstitü, yüksekokul veya konservatuvar müdürünün olumlu görüşü üzerine kullanılacağını öngörmektedir. Kanun hükmünde yer alan “öneri” ve “olumlu görüş”, ilgilisi üzerinde hukuki sonuç doğuran atama işlemini önceleyen hazırlık işlemleri niteliğindedir³¹. Usul ve Esaslar'ın 6 ncı maddesinde 2547 sayılı Kanun'un 33 üncü maddesine yapılan gönderme, ÖYP kapsamındaki araştırma görevlilerinin atanmasında da, sözü edilen hazırlık işlemlerinin yapılması gerektiğini göstermektedir.

Konuya bu işlemler yönünden bakıldığında, 2547 sayılı Kanun'un 33 üncü maddesinde, anabilim ve anasanat dalı başkanlarına, ilan edilen

değildir”. Yüksek Mahkeme, yasama organının temel kuralları saptaması gerektiğini belirterek “*yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda*” hareket etmek zorunda olduğunu ifade etmektedir. Bkz. AYM, 14.2.2013, E. 2011/63 K. 2013/28, R.G. 31.12.2013 – 28868.

³¹ Hazırlık işlemleri öğretilde, idari işlemin hazırlanmasına ve gerçekleştirilmesine yönelik ve işlemin oluşturulmasından önceki aşamada yapılan işlemler olarak nitelenmektedir. Bkz. *Erkut, C.*: İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s. 139. “Öneri” ve “olumlu görüş”ün hazırlık işlemleri olduğu hakkında bkz. *Günday, M.*: İdare Hukuku, 10. B., Ankara 2011, s. 146-147.

araştırma görevlisi kadrosuna başvuran adayın (veya adayların) durum ve niteliklerini değerlendirerek öneride bulunma ya da bulunmama; Bölüm Başkanı, Dekan, enstitü, yüksekokul veya konservatuvar müdürüne ise, yine somut verileri dikkate alarak olumlu ya da olumsuz görüş verme olanağı tanındığı görülmektedir. Bu değerlendirme, idarenin araştırma görevlisi kadrosuna atama işlemi bakımından, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurmak suretiyle işlemi yapma ya da yapmama (veya birden çok adaydan birini seçme) anlamında bir takdir yetkisine sahip olduğunu ortaya koymaktadır³².

Gerçekten, idarenin işlemi tesis edip etmeme olasılıkları arasında seçim yapma imkânının bulunmadığı, yetkisinin bağlı olduğu durumlarda³³, “öneri” ya da “olumlu görüş” gibi hazırlık işlemlerinin yapılmasının da hiçbir anlamı olmayacaktır; zira belirli bir sebebin gerçekleşmesi halinde belirli hukuki sonucu doğuran işlemin yapılması zorunlu ise, öneride bulunulup bulunulmaması ya da görüşün olumlu veya olumsuz olmasının sonucu etkileme olasılığı bulunmamaktadır. Bu halde de öngörülen hazırlık işlemlerinin anlamsız bir formaliteye dönüşeceği açıktır.

Oysa ÖYP kapsamındaki araştırma görevlilerinin merkezi usulle yerleştirilmesinin anlamı, yerleştirme sonucuna göre atamanın yapılmasıdır. Bir başka ifadeyle, Usul ve Esaslar 2547 sayılı Kanun’un 33 üncü maddesinde idareye tanınan takdir yetkisini bağlı yetkiye dönüştürmekte; Kanun’da öngörülen, anabilim veya anasanat dalı başkanlarının önerisi ile Bölüm Başkanı, Dekan, enstitü, yüksekokul veya

³² Öğretide idarenin işlemin sonucunu (konusunu) belirlemeye ilişkin bir serbestisinden söz etmenin mümkün olmadığı; takdir yetkisinin yalnızca idareyi işlemi yapmaya sevk eden somut olay ve olguların değerlendirilmesi (sebeup unsuru) bakımından söz konusu olabileceği savunulmaktadır. Bkz. *Günday, M.*: İdarenin Takdir Yetkisi (yayımlanmamış doçentlik tezi), Ankara 1982, s. 31 v.d. Zaten burada da, öneride bulunma ya da bulunmama, olumlu ya da olumsuz görüş bildirme ve nihayet atama veya atamama şeklinde tezahür eden işlem, aslında somut olayın özelliklerine, adayın durum ve niteliklerine ilişkin değerlendirmenin takdir yetkisinin kullanılması suretiyle belirli bir yönde yapılmasının doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

³³ Bağlı yetkiye ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. *Tuncay, A.H.*: İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları, Ankara 1972, s. 158-183.

konservatuvar müdürünün olumlu görüşünü işlevsiz hale getirmektedir³⁴. Oysa YÖK'ün, yukarıda açıklandığı üzere herhangi bir yasal dayanağı da bulunmayan düzenleyici idari işlemi ile Kanun hükmünde idareye tanınan yetkiyi bu şekilde sınırlamasına hukuken olanak bulunmamaktadır.

D. Lisansüstü Öğretim Programlarına Yerleştirme

Usul ve Esaslar'ın 9 uncu maddesinde, ÖYP kapsamında lisansüstü öğretim programlarına yerleştirme düzenlenmektedir. Buna göre, YÖK Yürütme Kurulu kararı ile belirlenen ÖYP kapsamındaki lisansüstü programlara da adaylar ÖYP puanı esas alınarak merkezi sistemle yerleştirilmektedir. Aynı maddede, ÖYP kapsamında atanan araştırma görevlilerinin, yerleştirildikleri lisansüstü programa kayıt yaptırdıktan sonra, YÖK Yürütme Kurulu kararı ile 2547 sayılı Kanunun 35 inci maddesi uyarınca lisansüstü programı yürüten yükseköğretim kurumunda görevlendirilebilecekleri de düzenlenmektedir. ÖYP kapsamında lisansüstü öğretim veren bir yükseköğretim kurumunun araştırma görevlisi kadrosuna atananlar ise, talepleri halinde, atandıkları yükseköğretim kurumunda yüksek lisans ve doktora öğrenimi görebileceklerdir.

Usul ve Esaslar'ın 9 uncu maddesi, ÖYP kapsamında lisansüstü programlara yerleştirme yönünden de merkezi usulün benimsendiğini göstermektedir. Bunun da 2547 sayılı Kanun'da öngörülen düzenle uyum içinde olduğunu söylemek kolay değildir. Anılan Kanun'un 65 inci maddesinin (b) bendinde, lisansüstü öğretim esaslarının Üniversitelerarası Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmış olup, konu, Üniversitelerarası Kurul'un çıkardığı Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Bu Yönetmelik, yalnızca merkezi sınav (Akademik Personel ve Lisansüstü Eğitim Giriş

³⁴ Her ne kadar Usul ve Esaslar'ın 6 ncı maddesinde, adayların ilan edilen kadrolara başvurdukları sırada yaptıkları beyanların doğruluğunu denetleme görevi ilgili yükseköğretim kurumuna verilmekte ise de, maddi vakialara ilişkin bu denetim görevi, Usul ve Esaslar'ın Kanun'la tanınan takdir yetkisini bağladığı gerçeğini değiştirmemektedir. Zira bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda dahi, zorunlu olarak işlemin yapılması sonucunu doğuracak sebebin gerçeğe uygun olup olmadığı hususunun denetlenmesi gerektiği açıktır.

Sınavı) ile lisansüstü programlara öğrenci kabul etme olanağını ilgili yükseköğretim kurumlarına tanımakla birlikte, bu programlara YÖK tarafından merkezi yerleştirme yapılmasına elverişli bir düzenleme içermemektedir. Lisansüstü programlara giriş de, lisansüstü öğretim esaslarının bir parçası olduğuna göre, 2547 sayılı Kanun’un düzenlenmesini Üniversitelerarası Kurul’a bıraktığı bir hususun YÖK tarafından çıkarılan Usul ve Esaslar’da kurala bağlanması hukuka aykırıdır.

SONUÇ

Anayasa’nın 131 inci maddesi uyarınca “(y)ükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek” ile görevli YÖK’ün, Türkiye’de sayıları giderek artan yeni üniversiteler ile birlikte artan akademik iş gücü ihtiyacını karşılayacak öğretim elemanlarının yetiştirilmesini sağlayacak yöntem ve modeller geliştirmesi doğal olsa da, bu yöntem ve modellerin Anayasa ve kanunlarla çizilen hukuki çerçeve içine yerleştirilebilir olması bir zorunluluktur. Bu çerçeveyi oluşturan temel hüküm, 2547 sayılı Kanun’un 33 üncü maddesidir; öğretim üyesi yetiştirilmesi için geliştirilen ve bu amaçla öğretim elemanı istihdamını öngören bir modelin 33 üncü madde hükümlerine uygun olması kaçınılmazdır.

Oysa YÖK tarafından hâlen uygulanmakta olan ÖYP, 2547 sayılı Kanun hükümleri ve özellikle bu Kanun’un 33 üncü maddesi ile bağdaştırılması kolay olmayan bir model öngörmektedir. Programın yürürlükteki yükseköğretim mevzuatına aykırı yönleri, 2547 sayılı Kanun’un 33 ve 35 inci maddeleri temelinde şekillendiği iddia edilen bu modeli yasal dayanaktan da mahrum bırakmaktadır.

Aslında ÖYP gibi, merkezi yerleştirmeyi esas alan bir modelin yasal düzenlemelerde değişiklik yapılmadan hayata geçirilmesine imkan bulunmadığı açıktır. Ancak bunu sağlamaya dönük olası yasal düzenlemelerin de, Anayasa’nın 130 uncu maddesinde öngörülen üniversite özerkliği ilkesine uygun olması gerektiği unutulmamalıdır.

VERGİ SUÇLARINDA MASUMİYET KARİNESİ*

Yrd. Doç. Dr. Eda ÖZDİLER KÜÇÜK**

Özet

Masumiyet karinesi, 1982 Anayasası'nın 38'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*” şeklinde yer almıştır. Vergi yükümlüsünün kişisel bilgilerine ilişkin mahremiyet alanına kanıt elde etmek amacıyla dokunmak isteyen vergi idaresine karşı yükümlülerin kullandıkları ilk savunma aracı masumiyet karinesi olmaktadır. Bu noktada tartışmalı olan konu, kişisel bilgilerin oluşturduğu mahremiyet alanının genişliği ve bu alana girmenin suç isnadı teşkil edip etmediğidir.

Adil bir yargılamadan bahsedebilmek için masumiyet karinesinin kapsamının doğru biçimde tayin edilmesi gereklidir. “Zaman” bakımından bu kapsam, bir başka deyişle masumiyet karinesinin başlangıç ve sona ermesini ifade eder. “Ölçü” bakımından masumiyet karinesinin kapsamı ise, karinenin başlangıcının bağlı olduğu suç isnadının ölçüsünü ve sona ermesine neden olan suçun ispatının ölçüsünü ifade eder. Öğreti ve uygulamada buna ilişkin olarak “emare” ve “makul şüphe” kavramları kullanılmaktadır. Bu kavramlardan hangisinin vergi suçları bakımından ölçü olarak alınması gerektiği ve vergi suçlarında masumiyet karinesinin başlangıcı ve sona ermesi bu çalışmada ele alınan konulardır.

Anahtar Kelimeler: Masumiyet karinesi, makul şüphe, adil yargılama, delil, vergi suçları,

* Bu makale 23-25 Ekim 2014 tarihlerinde Bayburt'ta düzenlenen 11. Uluslararası Anadolu Adli Bilimler Kongresi'nde bildiri olarak sunulmuştur.

** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

PRESUMPTION OF INNOCENCE IN TAX OFFENCES

Abstract

The presumption of innocence is defined in the fourth paragraph of Article 38 of the 1982 Constitution as "no one can be considered guilty until proven guilty in a court". Presumption of innocence is the first defence mechanism against tax administration that interferes taxpayer's privacy of personal information in order to obtain evidence. Controversial subject at this point is the width of the privacy field and whether this interference means an accusation or not.

To speak of a fair trial, the extent of the presumption of innocence should be defined properly. "Time" in this context refers to the beginning and the end of the presumption of innocence. "Measure" in the scope of the presumption of innocence both means that the measure of accusation and crime. Doctrine and practice uses concepts such as "indication" and "reasonable doubt". Which of these terms should be taken as a measure and the beginning and the end of the presumption of innocence in criminal tax are the subjects dealt with in this study.

Keywords: Presumption of innocence, reasonable doubt, fair trial, evidence, tax crimes

Giriş

Masumiyet karinesi, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında, "*Masum Sayılma*" adı altında, bir suç isnadı karşısındaki bireyin temel haklarından biri olarak düzenlenmiştir. Masumiyet karinesi, "*suçun yasal yollarla ispatlanmasına*" kadar geçerlidir. Suçun ispatı, ülkenin maddi ve usul hukukuna uygun olmalıdır. Hukuka aykırı kanıtlarla suçun ispatlanması meşru değildir.

Masumiyet karinesi, 1982 Anayasası'nın 38'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*" şeklinde yer almıştır. Anılan maddenin gerekçesine

göre¹, “ sanığın kesin mahkûmiyet hükmüne kadar suçsuz sayılması demek, kendisinin suçsuzluğunu ispat mükellefiyetinde olmadığı; beyine külfetinin iddiacıya ait bulunduğu demektir. Bu karine, iddiacının suç iddiasını makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat etmesiyle çürütülmüş olacak ve bu halde de mahkeme mahkûmiyet hükmü verecek; aksi takdirde beraat kararı alacaktır”.

“Vidani delil sistemi”, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi, “susma hakkı”² ve susma hakkının kullanılmasının sanık aleyhine delil veya suçluluk karanesi olarak kullanılamaması” ve “delil yasakları” ilkeleriyle birlikte ele alınıp uygulanması gereken bu ilke, adil yargılanma hakkına hizmet eder ve sanık açısından ispat yükünü reddeder³.

1. Mahremiyet Alanının Kalkanı Olarak Masumiyet Karanesi

Masumiyet karanesinin iki işlevi vardır: İlki, masum olana en yüksek düzeyde hukuki koruma sağlamak; ikincisi ise hukuk düzenini korumaktır⁴. Vergi hukuku bakımından korunacak birey, vergi yükümlüsü -ya da sorumlusu- olacaktır. Vergi yükümlüsünün kişisel bilgilerine ilişkin mahremiyet alanına kanıt elde etmek amacıyla dokunmak isteyen vergi idaresine karşı yükümlülerin kullandıkları ilk savunma aracı masumiyet karanesi olmaktadır. Bu noktada tartışmalı olan konu, kişisel bilgilerin oluşturduğu mahremiyet alanının genişliği ve bu alana girmenin suç isnadı teşkil edip etmediğidir.

Vergi Usul Kanunu’nun 148’inci maddesine göre, kamu idare ve kurumları, yükümlüler ve yükümlülerle işlemde bulunan diğer gerçek ve tüzel kişiler, Maliye Bakanlığı’nın veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların isteyecekleri bilgileri vermek zorundadırlar. Anılan Kanunun

¹ Akad/Dinçkol, 1982 Anayasasının Madde Gereçekleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, İstanbul 1998, s. 173-174.

² YALTI, B., Vergi Yükümlüsünün Hakları, İstanbul 2006, s. 141: “Susma hakkı, kendi aleyhine beyan ve delil veremeye zorlanmama hakkıdır.”

³ Şahinkaya, Y., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karanesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 21.

⁴ Hamer, D., A Dynamic Reconstruction of the Presumption of Innocence, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2, 2011, s. 420, dn. 21.

256'ncı maddesine göre ise, vergi yükümlüsü gerçek ve tüzel kişiler, korumak zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda bulundukları bilgilere ilişkin mikro fiş, mikro film, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri koruma süresi içerisinde yetkili makam ve memurların veya yeminli mali müşavirlerin talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadırlar. Bu ödevde aykırılık durumunda özel usulsüzlük cezası, yüksek oranlarda para cezası uygulanması söz konusudur (VUK mük. m. 355). Sunulması zorunlu olan defter ve belgeler, Vergi Usul Kanunu uyarınca tutulması ve düzenlenmesi zorunlu olan belgelerdir (VUK m.253).

Vergi Usul Kanunu'nun 359/a-2 maddesinde defter ve kayıtları gizleme “*vergi kaçakçılığı*”nın bir şekli olarak sayılmış ve karşılığında 18 ay ile 3 yıl arasında hapis cezası öngörülmüştür. Maddede “*gizleme*”, “*varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizleme demektir*” şeklinde tanımlanmıştır. Düzenlemede yer alan yaptırımın, AY m. 38/5'te “*hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*” şeklinde ifade bulan “*kendi aleyhine delil vermeme hakkı*”nı⁵ ihlâl edip etmediği sorusu bir Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur. AYM ilgili kararında, bu soruyu şöyle yanıtlamıştır⁶ : “*Kamu hizmetlerinin finansmanına, vergiler aracılığıyla katılmak bireylere yüklenen Anayasal bir ödevdir. Yasalar ile yükümlülerin ve onlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili kayıtlarının denetlenmesi amacıyla kimi defter, kayıt ve belgeleri tutmak, saklamak ve istenildiğinde yetkililere ibraz etmek zorunluluğuna*

⁵ “Kendi kendini suçlamama hakkı” olarak da ifade edilen bu hak, “*bir ceza davasında iddia makamının sanığa karşı iddiasını, sanığın arzusu hilafına baskı veya eza yöntemleri ile elde edilen kanıtlara başvurmadan ispat etmesi gereğine dayanır. Bu anlamda bu hak Sözleşmenin (İHAS) 6/2 maddesinde yer alan masumiyet karinesi ile sıkıya bağlantılıdır.*” (Yaltı, B., s. 141.)

⁶ AYM, E. 2004/31, K. 2007/11, k.t. 31.1.2007, R.G. 18.5.2007-26526.

uyulmamasının suç olarak kabul edilmesi ile suçla itham edilme birbirinden farklı durumlardır. Vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğu yasalarla yükümlülere verilen bir görevdir. Bu görevler yerine getirilmediği takdirde suç oluşmaktadır. İtiraz konusu kural ile herkesin geliri oranında vergiye katılımının sağlanması ve ödenmesi gereken vergi miktarının tespiti için, Vergi Yasası'nda öngörülen defterlerin tutulmasının ve bu defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınması, mükellefin Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemez.”

Anayasa Mahkemesi, bu görüşüne uygun olarak, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin (a) fıkrasının 2'nci bendinde, varlığı noter onaylı kayıtlarla sabit olduğu halde defter ve belgelerin inceleme sırasında inceleme elemanına ibraz edilmemesi eyleminin kaçakçılık suçu sayılarak, hapis cezası öngörülmüş olmasını, Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı görmemiştir⁷.

Vergi Usul Kanunu'nun tartışılan maddesinde vergi idaresi yetkililerince bir araştırma ve inceleme işleminin başlatılması üzerine, vergi yükümlüsünden araştırma ve incelemede ele alınmak üzere defter ve diğer kayıtların istenmesine rağmen, bunların gizlenmesi eylemi cezalandırılmaktadır. Bu noktada, “maddi ve şekli anlamda bir suç isnadı” doğup doğmadığı ya da zorlama olup olmadığı tartışmalıdır. Çünkü masumiyet karinesi ve susma hakkının koruma alanı suç isnadı ile başlamaktadır.

AIHM, isnat kavramını, “yetkili merciler tarafından, kişinin bir suç işlediği iddiasını içeren resmi bildirimin yapılması ya da böyle bir iddianın belirtilerini gösteren ve keza şüphelinin durumunu maddi olarak etkileyen diğer bazı eylemlerde bulunulması” şeklinde açıklamıştır⁸. Mahkemeye göre “tutuklama, dava açılabilirliğine ilişkin resmi bildirim,

⁷ AYM, E. 2002/55, K. 2003/8, 11.02.2003, R.G. 16.12.2003; E. 2004/31, K. 2007/11, 31.1.2007, R.G. 18.5.2007-26526.

⁸ Deweer v. Belgium, para. 46; Öztürk v. Germany, para. 55. (aktaran, YALTI, s. 104).

hazırlık soruşturması, tutuklanmamakla birlikte araştırmayı resmi olarak öğrenme ve bundan maddi olarak etkilenmeye başlama ve banka hesaplarının dondurulması gibi eylemler kişinin bir isnat altında olduğunu ortaya koyar⁹.

Suç isnadını tanımladıktan sonra VUK m. 359/a-2’de suç isnadı bulunup bulunmadığı ile ilgili tartışmaya geri dönersek, bir görüşe göre¹⁰, burada suç isnadı başlamamıştır, dolayısıyla kendini suçlayıcı belge vermeme hakkı ihlâl edilmiş sayılmaz¹¹. Bununla birlikte, eğer defter ve kayıtları gizleme nedeniyle görevlilerce suç isnadı niteliğinde bir işlem yapılmışsa, artık o andan itibaren, gizleme şeklindeki vergi kaçakçılığı suçu bakımından, susma hakkı doğacaktır. Bir başka deyişle, *“ibraz isteğinin programlanmış vergi denetimleri çerçevesinde yapılması durumunda suç isnadı yoktur. Buna karşılık yükümlü hakkında vergi kaçırdığı kuşkusuyla soruşturmaya başlanmış olunması halinde, yükümlü suç isnadı altındadır; ibraz ödevini susma hakkını kullanarak yerine getirmeyen yükümlüye bu nedenle ceza verilemez¹²”*.

Bir diğer görüşe göre ise¹³, *“susma hakkının ölçüsü zorlamadır ve kişinin kendini suçlar mahiyette ifade, bilgi ve belge vermemesi halinde uygulanan her türlü yaptırım, idari para cezası veya hapis cezası, zorlama anlamına gelir ve susma hakkını (dolayısıyla da masumiyet karinesini) ihlal eder. Vergi yükümlüsünün vergi idaresince istenen bilgi ve belgeleri vermemesinin cezai bir fiil olduğu, bu fiilin para veya hapis cezasına*

⁹ Harris/O’Boyle/Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, London 1995, s. 171-172. (aktaran, Yaltı, S. 104.)

¹⁰ Şahinkaya, Y., s. 141.

¹¹ Başaran Yavaşlar, F., “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları”, Vergi Dünyası, S. 299, Temmuz 2006, s. 129: “Kendini suçlamama hakkının ceza hukukundaki içeriğiyle vergisel yaptırımlar bakımından da uygulama alanı bulmasını kabul etmek, büyük sorunlara yol açacaktır. Kendisinden istenen bilgi ve belgeleri kendini suçlamama hakkı temelinde vermekten kaçınan ilgiliye hiçbir yaptırım uygulanmamasını kabul etmek, defter tutma, belge düzenleme, alma-verme ve bunları saklama ödevleri ile diğer bilgileri verme ödevinin yerine getirilmesini yükümlünün keyfine bırakmak anlamına gelecektir.”

¹² Candan, T., Vergi Suçları ve Cezaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, 2010, s. 44.

¹³ YALTI, B., s. 141, 142.

bağlandığı hukuk sistemleri susma hakkını ihlal eder; çünkü her iki ceza türü de tehdit unsuru içerir.”

Konunun uygulama bakımından doğurduğu sonuçlardan biri de Anayasa’nın 38’inci maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceğidir.*” Daha açık bir anlatımla, masumiyet karinesini ihlal ederek elde edilen kanıtlar yargılamada kullanılamayacaklar ve geçerli delil olarak kabul edilmeyeceklerdir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre de, yükümlü veya ceza sorumlusu, bir vergi suçu işlediği şüphesi altında olduğunda susma hakkını kullanmayı seçebilir; bilgi, kayıt, belge ve ifade vermeye zorlanamaz. Başka bir anlatımla, vergi yükümlüsünün ya da ceza sorumlusunun kendi aleyhine delil vermesini sağlayacak şekilde yasal zorlamaya başvurulamaz. Aksi durum, ispat yükünün tersine çevrilmesi olur¹⁴.

AIHM, Allen Davası’nda konuyu şu şekilde çözümlemiştir¹⁵: “*Kendini suçlamama hakkı, aslen sanığın ceza davalarında susma isteğine saygı ve ceza soruşturmalarında zorla alınan bilginin kullanılması ile ilgilidir. Bu hak, kişilerin mali durumu veya şirket faaliyetleri hakkında bilgi vermeye zorlayıcı yetkilerin kullanılmasını kendiliğinden yasaklamaz. Bu nedenle ... ceza uygulanacak olsa dahi bu, 6/1. madde çerçevesinde ihtilaf yaratmaz. Verginin hesaplanabilmesi ve tarhiyat yapılabilmesi için gelir ve servet hakkında bilgi verme yükümlülüğü Sözleşmecî Devletlerin vergi sistemlerinin ortak noktasıdır ve bu araç olmadan sistemin etkin çalışması zor olur ... (Yükümlü), devam eden ya da başlaması muhtemel olan bir ceza davasında kendini suçlama ihtimali olabilecek bilgiyi vermemekten kaçınabilir; ancak kendini suçlamama imtiyazı hazine yetkililerinin incelemelerinden kaçınma arzusu ile yapılan eylemlere genel bir muafiyet verecek şekilde yorumlanamaz.”*

¹⁴ ŞAHİNKAYA, s. 142.

¹⁵ Allen v. United Kingdom, Admissibility Decision, Fourth Section, Application no. 76574/01, 10.9.2002. (aktaran, YALTI, B., s. 146, 147).

Öyle ise, diyebiliriz ki; masumiyet karinesi kişisel mahremiyet alanının kalkanıdır; suçun değil...

2. Başlangıç ve Bitiş: Ölçüler

Masumiyet karinesinin düzenlendiği 1982 Anayasası'nın 38'inci maddesinin dördüncü fıkrasının gerekçesine göre¹⁶, “Bu karine, *iddiacının suç iddiasını makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat etmesiyle çürütülmüş olacaktır*”. Makul şüphe ise, “delillerin etraflı bir surette tetkikinden sonra maznunun suçluluğuna engel teşkil eden şüphedir”¹⁷.

İspat ölçüsü kanıtlama gereğinin derecelendirilmesi anlamına geldiğine göre, masumiyet karinesinin ortadan kalkması bakımından ölçü, “*iddiacının suç iddiasını makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat etmesi*”dir.

Konuyla ilgili özellik arz eden bir husus, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2.12.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'la değişik 116. maddesinde düzenlenen “*arama*” müessesesi ile ilgilidir. Buna göre, “*Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, iş yeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.*” Maddede anılan değişiklikten önce, “*makul şüphe*” yerine “*somut delillere dayalı kuvvetli delil*” ifadesi yer alıyordu. Bu düzenleme ile aramaya özgü olarak ispat ölçüsü düşürülmüştür; arama yapılabilmesi ve suç isnadında bulunulması kolaylaşmıştır. Değişikliğin gerekçesi olarak arama müessesesinin etkin bir biçimde işletilememesi ve suçla mücadele gösterilmiştir.

Anayasa'da masumiyet karinesinin sona erdirilmesinde ölçü olarak “*makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat*” aranırken, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda arama yapılabilmesi -ve dolayısıyla suç isnadı ile masumiyet karinesinin başlaması- bakımından “*kuvvetli şüpheye dayalı somut delil*” aranması, birbiri ile çelişmezdi; ispat ölçüsü “son”a ilişkindir,

¹⁶ Akad/Dinçkol, s. 173-174.

¹⁷ Ovacık, M., İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2000, s. 269; Özdiğer Küçük, E., Vergi Hukukunda Karineler, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.34, dn. 117.

ispat ölçüsü hâlâ “*makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat*”tır. Bununla birlikte, suç isnat edilebilmesi için artık “*somut delillere dayalı kuvvetli delil*” değil “*makul şüphe*”nin yeterli olması, masumiyet karinesini ihlâl etmemiştir; kapsamını daraltmıştır.

Vergi hukukunda arama ise ceza hukukundaki arama hükümlerinden ayrı olarak, Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiştir. Vergi suçları bakımından arama, gizlenen bir kişi veya eşyanın bulunup ortaya çıkarılması (araştırma) eylemi içerir. Ceza muhakemesinde ise suçlunun yakalanması veya suç eşyasına el konulması amacı vardır. Bundan başka, vergi hukukunda aramada vergi kaçağının ortaya çıkarılabilmesi için “defter ve belgelere” el konulması söz konusudur; şüphelinin aranması ya da defter ve belgeler dışında bir suç delili arama konusu edilememektedir.

Vergi Usul Kanunu’nun 142’nci maddesine göre, ihbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla bir yükümlünün vergi kaçırdığına işaret eden “*emareler*” varsa arama yapılabilir. Emare, “*Günlük hayatta doğrudan kullanılabilecek; şüpheyi tamamen bertaraf etmese de, dile gelmemesini gerektiren bir bilgi derecesinin elde edilmesine yetecek bir vakianın ya da bir vakıa grubunun mevcudiyetinden hareketle kabul edilen delil, bağlamsal (tali, dolaylı, ikinci derece) delildir.*¹⁸”

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda arama ölçüsü “*makul şüphe*” iken; vergi suçları bakımından arama yapılabilmesi için “*emare*”nin varlığı yeterli görülmüştür. Bu şüphesiz, vergi suçlarında aramanın amacının ceza hukuku anlamındaki diğer suçlardan farklı olmasından kaynaklanır. Ancak ceza hukuku anlamındaki diğer suçlar bakımından arama için “*makul şüphe- somut delile dayalı kuvvetli şüphe*” tartışması yürütülürken vergi suçlarında arama bakımından çok daha düşük bir ölçü olan “*emare*”lerin varlığının yeterli görülmesi dikkat çekicidir.

¹⁸ Hintze, R., Indizien in der Finanzrechtsprechung, Google Books, e.t., 30.03.2011, s.5: “*Der circumstantielle Beweis ist derjenige, der von dem Dasein einer Gruppe von Tatsachen hergeleitet wird, welche unmittelbar auf eine Haupttatsache sich beziehend, zu dem Schluss führen, dass diese Haupttatsache existiert hat.*”

Vergi suçları bakımından ispat ölçüsü ise makul şüphedir. Bir başka deyişle, masumiyet karinesinin sona ermesi bakımından ölçü, “*iddiacının suç iddiasını makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat etmesi*”dir. Buna karşılık arama bakımından vergi suçlarında başlangıç ölçüsü, diğer bir ifadeyle suç isnadı için “*emareler*”in varlığı yeterli sayılmaktadır. Bu halde,

1. Vergi suçları bakımından arama yapılması bakımından aranan ölçü diğer ceza hukuku anlamındaki suçlara oranla farklıdır; ilkinde “*emarelerin*” görülmesi yeterliyken, ikincisinde “*makul şüphe*” aranmaktadır. Arama usulleri ise Ceza Muhakemesi Kanunu ve Vergi Usul Kanunu’nda ayrı biçimde düzenlenmiştir.
2. Vergi suçlarında masumiyet karinesi suç isnadı ile başlar. Suç isnadı için vergisel aramalarda “*emarenin*” varlığı yeterli olduğundan burada masumiyet karinesi, diğer ceza hukuku anlamındaki suçlara oranla daraltılmıştır.
3. Vergi hukukunda aramada şüpheli bakımından masumiyet karinesinin başlangıcı “*emarelerin varlığı*”, sona ermesi ise “*makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat*” ölçülerine bağlanmıştır. Masumiyet karinesinin başlangıç ve bitiş ölçüleri arasındaki bu tutarsızlık, şüpheli lehine düzeltilmelidir.

3. Gerekçesiz Kararlar Makul Şüpheyi Ortadan Kaldırır Mı?

Kimi vergi yargısı kararlarında gerekçenin hiç ya da yetersiz biçimde yer alması, masumiyet karinesini ihlal eder mi? Gerekçenin olmadığı bir kararda, vergi yargısında geçerli olan resen araştırma ilkesinin etkin bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı belirsizdir. Davacı ve davalı iddialarını ve delillerini sunmuş, nihayet hüküm verilmiştir. Makul şüphe hangi gerekçeye dayanarak ortadan kalkmıştır? Uygulamada rastlanılan “*İddia makamının yukarıda belirttiği nedenlerle...*” ifadesi yeterli bir gerekçe midir?

Bilindiği üzere, Anayasa'nın 141'inci maddesine göre, mahkeme kararları gerekçeli olmalıdır. Gerekçe, mahkemenin verdiği kararda dayandığı fiili ve hukuki sebeplerin gösterilmesidir¹⁹.

Gerekenin bağlayıcılığı ve idareye yol gösterici niteliği hakkında Danıştay'ın 1986 tarihli bir kararı düşündürücüdür. Olayda bir naklen atama işlemi üç hakimli bir mahkemede oy çokluğu ile iptal edilir. Üyelerden biri olayı naklen atama olarak nitelendirip iptalini istemiş, diğer üye geçici görevlendirme olarak nitelendirip iptalini istemiş, başkan ise naklen atama olarak nitelendirip davanın reddi yönünde oy kullanmıştır. Danıştay bu kararı bozarken şu gerekçeyi ileri sürmüştür: *“...maddi olayın nitelendirilmesinde ve gerekçede birlik olmadığına göre, yalnızca hüküm fıkrasındaki birleşmeye bakılarak ortada teknik anlamda bir yargı kararının varlığından söz edilemez. Bu kararı uygulamak ve kararın gerekçesine göre yeni bir işlem tesis etmek zorunda olan idare yönünden, hangi gerekçeyle iptal edildiğini çözmek zordur. Oysa iptal kararının açık ve anlaşılır gerekçeye dayanması, iptal nedenlerinin tek tek kararda gösterilmesi ve kararı idareyi duraksamaya sokmayacak ve idareye yol gösterecek bir içerik taşıması gerekir...”*²⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrasında adil yargılanma hakkının sağladığı teminatların bir kısmı açıkça belirtilmiştir. Bunlar davanın *“kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme”* tarafından *“makul bir süre içinde”*, *“aleni bir şekilde”* görülmesidir. Maddede ayrıca davanın *“hakkaniyete uygun şekilde”* görülmesi de düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hakkaniyete uygun yargılanma hakkına istinaden maddede açıkça belirtilmeyen ancak, adil yargılanma

¹⁹ Gözübüyük, A.P., Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt 2, İstanbul 1995.

²⁰ AKSOYLU, İ., “İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, No: 21, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=70

hakkının zımni gerekleri olduğu kabul edilen unsurları da tespit etmiştir. Bunlardan birisi de mahkeme kararlarının gerekçeli olması kuralıdır²¹.

Adil yargılanma hakkının önemli bir unsurunu teşkil eden “*aleni yargılanma hakkı*”, mahkemelerin kararlarına gerekçe göstermesini sağlama amacını taşıyan “*aleni karar hakkını*” da kapsar²².

Aleni karar hakkına ve hakkaniyete aykırı bir biçimde verilmiş olan bir yargılamada, iddiacının suç iddiasının *makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilip edilmediği* belirsizdir; dolayısıyla gerekçesiz olarak verilmiş bir yargı kararında masumiyet karinesinin henüz çürütülmüş olup olmadığı sorusu akla gelebilir.

Sonuç

Masumiyet karinesinin “*masum olana en yüksek düzeyde hukuki koruma sağlamak*” işlevi ile “*hukuk düzenini korumak*”²³ işlevleri arasında birbirini tamamlayan bir denge vardır; biri olmadan diğeri de var olamayacaktır.

Vergi suçları bakımından suçun isnat edilmesi, yargılama ve hükmün verilmesi aşamalarında masumiyet karinesi yükümlüyü olduğu kadar hukuk düzenini de korumaktadır. Bu, idari anlamda para cezası öngören vergi cezalarında da, hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren vergi cezalarında da böyledir.

Masumiyet karinesini susma hakkı, adil yargılanma hakkı ve kendi aleyhine delil vermeme hakkı ile beraber düşünmek gerekir. Bu haklar adeta iç içe geçmişlerdir. Yükümlü masumiyet karinesini kendisine yöneltmiş bir suç isnadı halinde özgürlüğünü korumak için kullanmak hakkına sahiptir; idare de şüphe halinde suç isnadını yükümlünün bu hakkını ihlal etmeden ileri sürmek ile görevlidir.

²¹ *Gölcüklü/Gözübüyük*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 4.Bası, Ankara 2003, s.293.

²² Uluslararası Af Örgütü, Adil Yargılanma Hakkı, İletişim, 2000, s. 242.

²³ *Hamer, D.*, s. 420, dn. 21.

Adil bir yargılamadan bahsedebilmek için masumiyet karinesinin kapsamının doğru biçimde tayin edilebilmesi gereklidir. “Zaman” bakımından bu kapsam, bir başka deyişle masumiyet karinesinin başlangıç ve sona ermesi, şu şekilde formüle edilebilir: Masumiyet karinesi, “*suç isnadı*” ile başlar, “*gerekçeli bir yargı kararı*” ile sona erer.

“Ölçü” bakımından masumiyet karinesinin kapsamı ise, karinenin başlangıcının bağlı olduğu suç isnadının ölçüsünü ve sona ermesine neden olan suçun ispatının ölçüsünü ifade eder. Vergi hukukunda aramada şüpheli bakımından masumiyet karinesinin başlangıcı “*emarelerin varlığı*”, sona ermesi ise “*makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat*” ölçülerine bağlanmıştır. Masumiyet karinesinin başlangıç ve bitiş ölçüleri arasındaki bu tutarsızlık, şüpheli lehine ve masumiyet karinesinin en geniş olacağı biçimde düzeltilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, Abdullah:** 1982 Anayasasının Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, İstanbul 1998.
- AKSOYLU, İlter:** “İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, No: 21, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=70
- BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda:** “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları”, Vergi Dünyası, S. 299, Temmuz 2006.
- CANDAN, Turgut:** Vergi Suçları ve Cezaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, 2010.

- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 4.Bası, Ankara 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah:** Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt 2, İstanbul 1995.
- HAMER, David:** A Dynamic Reconstruction of the Presumption of Innocence, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2, 2011.
- HARRIS D.J. / O'BOYLE M. / WARBRICK, C. :** Law of the European Convention on Human Rights, London 1995.
- HINTZE, Robert:** Indizien in der Finanzrechtsprechung, Google Books.
- OVACIK, Mustafa:** İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Sözkesen Matbaacılık, Ankara 2000.
- ÖZDİLER KÜÇÜK, Eda:** Vergi Hukukunda Karineler, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- ŞAHİNKAYA, Yalçın:** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2006.
- Uluslararası Af Örgütü, Adil Yargılanma Hakkı, İletişim, 2000.
- YALTI, Billur:** Vergi Yükümlüsünün Hakları, İstanbul 2006.

6356 SAYILI KANUNUN UYGULANMASI BAKIMINDAN SENDİKAL ÖRGÜTLENME DÜZEYİ VE İŞKOLUNUN BELİRLENMESİ

*Yard. Doç. Dr. Gaye BAYCIK**

ÖZET

Tarihsel süreçte sendikal örgütlenme, meslek, işyeri ve işkolu düzeyinde gerçekleşmiştir. Bununla birlikte işkolu düzeyinde kurulan ve faaliyet gösteren sendikalar, işveren karşısındaki güçlü duruşları ve işçiler arasında dayanışma sağlamaları nedeniyle, bu yönde yasal bir zorunluluk bulunmayan ülkelerde dahi en yaygın şekilde görülen sendikal örgütlenme türü halini almıştır. Buna karşılık, işkolu esasına dayalı sendikal örgütlenmenin yasal bir zorunluluk olarak karşımıza çıkması ve mevzuatımızda bu şekilde düzenlenmesi, bu yöndeki düzenlemelerin Anayasaya ve uluslararası normlara uygunluğu sorununu ortaya çıkarmıştır. Özellikle Anayasanın 90/5. maddesindeki düzenleme karşısında bu çelişkinin nasıl çözümlenmesi gerektiği kanımızca değerlendirilmesi gereken bir sorundur. Bunun gibi, 2821 sayılı Kanunda sendikanın kurucu şartı olarak kabul edilen “Türkiye çapında faaliyette bulunma” şartı, 07.11.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda yer almamıştır. Bu nedenle sendikaların, işyeri düzeyinde yahut yerel veya bölgesel düzeyde kurulmaları ve faaliyet göstermeleri de değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Bu itibarla çalışmamızda, sendikal örgütlenme düzeyi, meslek, işyeri ve işkolu ölçütleri esas

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi gbaycik@law.ankara.edu.tr

alınarak inceleme konusu yapılmıştır. Bu incelemenin ardından, 6356 sayılı Kanunun işkolu esasına dayalı sendikal örgütlenmeyi temel alması nedeniyle, uzun yıllardır öğretilen tartışılan ve Yüksek Mahkeme kararlarına konu olan işkolunun belirlenmesinde uyulması gereken ilke ve kurallar, Yargıtay kararları da dikkate alınmak suretiyle ele alınmıştır. Ancak bundan önce işkolunun 6356 sayılı Kanunun uygulanması bakımından önemi incelenmiş, bu kısımda 6356 sayılı Kanun bakımından özellik arz eden düzenlemeler güncel Yargıtay kararları da dikkate alınarak değerlendirilmiştir.

Anahtar sözcükler: Meslek esasına dayalı sendikal örgütlenme, işyeri esasına dayalı sendikal örgütlenme, işkolu esasına dayalı sendikal örgütlenme, işkolunun belirlenmesi, işyeri.

The Level of Unionisation and The Determination of Branch of Activity in Terms of Application of Act No. 6356

ABSTRACT

In historical process, the unionisation based on profession, workplace and branch of activity. However, due to its power against the employers and its impact on the strong solidarity among the employees, the industrial unionism became the most-preferred type of the unionisation even without a compulsory legislation. Nonetheless, as Act No. 6356 on Trade Unions and Collective Agreements adopted the industrial unionism as the compulsory basis for unionisation, the conflict between the provisions thereof and the Constitution and international agreements is to be examined. Especially, with regard to the article 90/5 of Constitution, the legal basis of the solution of this conflict must be observed. In addition, the obligatory condition of establishing a trade union adopted in repealed Act No. 2821 as “operating activity in country-wide” was dismissed by Act No. 6356. Therefore, the unionisation based on a workplace and a local unionism are to be examined. As a result, in this study, the unionisation based on profession, workplace and branch of

activity are examined as the levels thereof. Besides, as Act No. 6356 adopted the industrial unionism as the compulsory basis for unionisation, the determination of the branch of activity is also examined by taking into consideration of the decisions of Supreme Court of Appeals and doctrine. However, first, the importance of the determination of the branch of activity in terms of the application of Act No.6356 was determined.

Keywords: unionisation based on profession, unionisation based on workplace, industrial unionism, determination of branch of activity, workplace.

I. Sendikal Örgütlenme Düzeyi

1. Meslek Esasına Dayalı Sendikal Örgütlenme

Örgütlenme düzeyi dikkate alındığında tarihsel süreçte sendikaların, meslek, işyeri ve işkolu düzeyinde kuruldukları görülmektedir. Sendikacılığın ilk ortaya çıkışı İngiltere’de meslek sendikaları şeklinde olmuştur¹. Meslek esasına göre örgütlenmeden kasıt, sendikaların belirli bir mesleki faaliyette bulunan kişiler tarafından, bu kişilerin dahil oldukları işyerine veya işkoluna bakılmaksızın kurulabilmesi ve bu mesleğe dahil olan kişilerin söz konusu sendikalara üye olabilmesidir². Meslek esasına dayalı sendikal örgütlenme, işyerinde birden çok meslek grubundan çalışanın bulunduğu işyerlerinde birçok sendikanın faaliyette bulunmasına, dolayısıyla kapsamı dar toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmelerine sebep olması ve en önemlisi çalışanlar arasında dayanışma sağlayamaması, dolayısıyla çalışma barışına hizmet edememesi nedeniyle bazı ülkeler tarafından terk edilmiş bir örgütlenme şeklidir³.

a. 6356 Sayılı Kanun Bakımından Meslek Esasına Dayalı Sendikal Örgütlenme

Meslek esasına dayalı sendika kurulması 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 3/3. maddesinde yer alan “*Meslek veya işyeri esasına göre*

¹ Çelik, 158. Canbolat, 68. Tuncay/Savaş Kutsal, 40. Aktay/Arıcı/Senay Kaplan, 312.

² Çelik, 157-158. Tuncay/Savaş Kutsal, 40. Aktay/Arıcı/Senay Kaplan, 312. Canbolat, 69.

³ Çelik, 158. Canbolat, 69. Aktay/Arıcı/Senay Kaplan, 313.

işçi sendikası kurulamaz” hükmüyle açıkça yasaklanmış, ancak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda bu yönde yasaklayıcı bir hükme yer verilmemiştir. 6356 sayılı Kanunda bu yönde yasaklayıcı bir hükme yer verilmediği gibi, anılan Kanunun 2. maddesinin 4. fıkrasında, iş sözleşmesi dışında bir ücret karşılığı olmak üzere iş görmeyi, taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine dayanarak taahhüt eden ve bağımsız şekilde mesleklerini icra eden gerçek kişilerin işçi sendikası kurma ve bu sendikaya üye olma hakkına sahip oldukları düzenlenerek kanımızca sınırlı da olsa meslek esasına dayanan sendika kurulması öngörülmüştür⁴.

Zira anılan kişiler, kendileri ile aynı sözleşme ilişkisine, diğer bir ifadeyle aynı meslek grubuna dahil olan gerçek kişilerle bir araya gelerek ve fakat tüzüklerinde hangi işkolunda faaliyet göstereceklerini belirtmek suretiyle sendika kurma hakkına sahip kılınmışlardır. Bu şekilde tüzükte işkolu düzeyinde kurulduğu belirtilen bu sendikaların aslında o mesleki faaliyeti yürüten kişiler tarafından kurulması ve sendikal faaliyetlerin de o meslek grubuna yönelik olarak yürütülmesi söz konusu olacaktır. Zira toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi yetkisi bulunmayan bu tür sendikalara o işkolunda faaliyet gösteren işçilerin üye olması söz konusu olmayacaktır. Bunun gibi, söz konusu meslek grubuna dahil olup da iş sözleşmesiyle çalışan kişilerin de bu tür sendikalara üye olmaları mümkün değildir⁵. Zira anılan hükümde açıkça “*iş sözleşmesi dışında*” ifadesi kullanılarak iş sözleşmesiyle çalışanlar bakımından bu tür sendikalara üye olma yolu kapatılmıştır.

Kanunda meslek esasına dayalı sendikal örgütlenmeyi yasaklayıcı bir düzenleme de bulunmadığı için, bu tür sendikaların kurulabileceği açıktır. Ancak anılan sendikalar da, Kanunun 2/1-ğ bendinde yer alan “*en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette*

⁴ Tunçomağ/Centel, 268. Krşz. Başterzi, Akademik Forum tartışmaları, 409. Aynı yazar, 181-182. Doğan Yenisey, 47. Aynı yazar, Akademik Forum tartışmaları, 428. Şahlanan, Akademik Forum tartışmaları, 446. Ayrıca bkz. Şahlanan, Sendikalar Hukuku, 26.

⁵ Doğan Yenisey, Akademik Forum tartışmaları, 428. Şahlanan, Akademik Forum tartışmaları, 446.

bulunmak üzere” yönündeki hükme ve tüzükte bulunması gereken hususlar arasında sendikanın faaliyet göstereceği işkolunu da belirten Kanunun 8/1-c bendine tabidirler. Bu nedenle anılan sendikaların da tüzüklerinde hangi işkolunda faaliyette bulunacağını belirtmesi gerekecektir⁶. Ancak “meslek” kavramı ile “işkolu” kavramının her somut durumda nasıl örtüşeceği kanımızca sorun yaratacaktır⁷. Zira bir sözleşme türü, dolayısıyla aslında bir meslek grubu esas alınarak örgütlenen kişilerin farklı işkollarında faaliyet göstermeleri mümkündür. Bu durumda söz konusu sendikanın hangi işkolunda faaliyet göstereceğine ilişkin tüzük hükmünün sorun yaratacağı düşüncesindeyiz. Bunun gibi, her meslek grubuyla örtüşen işkolu da mevcut olamayacağından, kişiler bu tür sendikaları kurarken en benzer iş kolunu tüzükte faaliyet alanı olarak göstermek zorunda kalacaktır. Bu nedenle anılan sendikaların tüzüklerinde hangi işkolunda faaliyet göstereceklerinin belirtilmemesi veya belirtilememesi halinde sorun, kanımızca aşağıda açıklanacağı üzere, 2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanunla Anayasanın 90. maddesine eklenen “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü uyarınca uluslararası normlar dikkate alınarak çözümlenebilecektir⁸.

Burada ayrıca ifade etmek gerekir ki, bu tür meslek sendikalarının kurulabileceğinin Kanunun 2/4. maddesiyle öngörülmesi, mevzuatımızda tam anlamıyla meslek esasına dayalı sendikacılık esasının kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Zira anılan sendikalara tüzükte belirtilen işkolunda mesleki faaliyet yürütmeyen kişilerin aynı meslek grubuna dâhil

⁶ Tunçomağ/Centel, 268. Krşz. Başbuğ, Kadir Has Üniversitesi Güncel Sorunlar (3) Semineri tartışmaları, 153. Şahlanan, Kadir Has Üniversitesi Güncel Sorunlar (3) Semineri tartışmaları, 160.

⁷ Bkz. Doğan Yenisey, Akademik Forum tartışmaları, 428. Nitekim Yargı-Sen ile ilgili Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin (21.02.2012, E.2011/49782, K. 2012/4945) kararına karşı oy yazan Ö. Hicri Tuna, karşı oy yazısında, yargı mensuplarının büro hizmet koluna girdiği yönündeki görüşü de paylaşmadığını haklı olarak açıkça ifade etmiştir.

⁸ Başterzi, 181-182, 278-293. Gülmez, 15, 20-21, 31-32, 43-44, 49-51.

olsalar dahi üye olabilmeleri anılan hükümler karşısında sorun yaratabilecektir. Bu durumda da, ancak uluslararası normlar dikkate alınarak bir çözüm yolu bulunmasının düşünülebileceği kanaatindeyiz⁹.

b. 6356 Sayılı Kanunun 1982 Anayasası ve ILO'nun 87 Sayılı Sözleşmesi ile Uyum

Pozitif hukukumuz açısından değerlendirmeyi yukarıdaki şekilde yapmak gerekli olsa da, yukarıda belirtilen ve ileride ortaya çıkması muhtemel sorunlar karşısında, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) ülkemiz tarafından da onaylanmış 1948 tarihli ve 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması başlıklı Sözleşmesinin ayrıca değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği düşüncesindeyiz. Şöyle ki anılan Sözleşmenin “*Sendikal Özgürlük*” başlıklı ilk bölümünde yer alan 2. maddesinde “*İşçiler ve işverenler, önceden izin almaksızın ve hiçbir türden bir kısıtlamaya tabi olmaksızın istedikleri örgütü kurma ve sadece bu örgütlerin tüzüklerine uygun davranmak suretiyle bu örgütlere üye olma hakkına sahiptirler*” hükmüne yer verilmiştir. Sözleşmenin 3/2. maddesinde yer alan “*Kamu otoriteleri, bu hakkı kısıtlayıcı veya bu hakkın yasal kullanımını engelleyici her türlü müdahaleden kaçınmakla yükümlüdür*” düzenlemesi sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını devlete karşı korumayı amaçlamıştır. Bunun gibi, Sözleşmenin 8/2. maddesinde “*Ulusal mevzuat, işbu sözleşmeyle garanti altına alınan hakları ihlal edemeyeceği gibi bu hakları ihlal edecek şekilde de uygulanamaz*” hükmüne yer verilerek ulusal mevzuatın, anılan Sözleşme ile koruma altına alınan sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını kısıtlayıcı nitelik taşıyamayacağı ve bu şekilde yorumlanamayacağı açıkça düzenlemiştir. Nihayet, Sözleşmenin 9/1. maddesinde yer alan “*İşbu sözleşmeyle garanti altına alınan hakların silahlı kuvvetlere ve polis teşkilatına nasıl uygulanacağı ulusal mevzuat tarafından belirlenir*” yönündeki hükümle Sözleşme, hangi alanda ulusal mevzuata yetki verdiğini de açıkça ortaya koymuştur. Buna göre, sözleşmede garanti altına alınan ve hiçbir kısıtlamaya tabi tutulamayacağı belirtilen sendika

⁹ Başterzi, 181-182, 278-293. Gülmez, 15, 20-21, 31-32,43-44, 49-51.

kurma ve sendikaya üye olma hakkının ulusal mevzuatla belirlenebileceği çalışan grubu, silahlı kuvvetler ile polis teşkilatıyla sınırlanmıştır. Sözleşme bu hükümle, ulusal mevzuatlarla ancak bu alanda düzenleme yapılabileceğini açıkça ortaya koymuş bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, 87 sayılı Sözleşme, işçi ve işverenlerin sendika kurma ve sendikaya üye olma haklarının her ne şekilde olursa olsun kısıtlanamayacağını, mevzuatın da kısıtlayıcı şekilde uygulanamayacağını, devletlerin buna aykırı iç hukuk kuralı düzenleme yetkisinin sadece silahlı kuvvetlerle polis teşkilatına ilişkin olduğunu açıkça ortaya koymuştur¹⁰. Nitekim bu nedenle işyeri ve meslek esasına dayalı sendikal örgütlenmenin 2821 sayılı Kanunla açıkça yasaklanması, ülkemizin ILO tarafından yıllarca eleştirilmesine neden olmuştur¹¹. Bu husus 6356 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de “*Mevcut düzenlemeler nedeniyle, özellikle 1980 sonrası ülkemiz, ILO’nun denetim mekanizmasının etkisiyle uluslararası alanda hak etmediği muameleye maruz kalmıştır. Bu durumun farkında olarak, Kanunda sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık süreçleri, 87 ve 98 No.lu ILO Sözleşmeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir Sendika kurma, sendikaya üyelik, sendika yöneticisi olma, ... 87 ve 98 No.lu sözleşmeler paralelinde düzenlenmiştir*” ifadeleriyle belirtilmiş ve 6356 sayılı Kanunda işyeri ve meslek esasına dayalı sendika kurmayı yasaklayan hükme yer verilmemiştir.

Ancak, yasaklayıcı hükme yer vermemiş olmak, söz konusu yasağın kalktığı şeklinde de ne yazık ki yorumlanamamaktadır¹². Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, 6356 sayılı Kanunun 2/1-ğ bendinde sendika, bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturulan tüzel kişilik olarak tanımlanmış ve dolayısıyla 6356 sayılı Kanunun kapsamı bu

¹⁰ ILO’nun 151 sayılı Sözleşmesi bakımından aynı yönde, Başterzi, 290-291.

¹¹ Bkz. 6356 sayılı Kanunun genel gerekçesi. Ayrıca bkz. Gülmez, Uyum, 43-54. Aynı yazar, 17-18. Tuncay/Savaş Kutsal, 43. Sur, 70 ve dn. 133. Canbolat, 74. Süzek, Akademik Forum tartışmaları, 407.

¹² Tuncay/Savaş Kutsal, 42. Çelik, İş Hukuku, 462-465. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 510-512. Alpogut, 122. Canbolat, 73-74. Doğan Yenisey, 45-46.

şekilde belirlenmiştir. Bu düzenlemeden çıkan sonuç, 6356 sayılı Kanunun, bu şekilde kurulmuş sendikalara uygulanmasıdır¹³. Bunun gibi, Kanunun sendika tüzüklerinde bulunması gereken bilgileri düzenleyen 8. maddesinde sendikanın faaliyet göstereceği işkolu açıkça belirtilmiştir. Bu itibarla, Kanun metninden işyeri ve meslek esasına dayalı sendika kurma yasağının kaldırılmış olmasının, ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesine uygunluk sağlanması için yeterli olmadığı kanaatindeyiz¹⁴. Zira halen, belirli bir işkolunda kurulmayan tüzel kişiliklerin 6356 sayılı Kanun anlamında sendika olarak nitelendirilebilmeleri ve bu Kanunun kapsamına dahil olabilmeleri söz konusu tanım karşısında sorun yaratabilecektir¹⁵. Bunun gibi, Kanunun 2/4. fıkrasıyla tanınan meslek esasına dayalı sendika kurma hakkı dahi Kanunun 2/1-ğ ve 8/1-c hükümleri karşısında sınırlanmış ve yukarıda açıklandığı üzere, uygulama sorunları yaratabilecek durumdadır.

Bu itibarla, iş sözleşmesine tabi olarak çalışan işçilerin meslek esasına dayalı sendika kurup kuramayacakları, Kanunun 2/4. maddesinde belirtilen sözleşmelere dayalı olarak serbest meslek icra eden kişilerin meslek esasına dayalı sendika kurma haklarının belirli bir işkolunda faaliyette bulunma şartıyla sınırlanıp sınırlanmadığı, sınırlandırılmasının kabul edilmesi halinde buna aykırı şekilde kurulan bu tür sendikaların hukuka aykırı olup olmadığı, sendikanın kurulduğu meslek grubuna dahil olan kişilerin farklı işkollarında faaliyette bulunmaları halinde anılan sendikalara üye olup olamayacaklarının, ancak Anayasanın 90/5. maddesinde yer alan *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”* yönündeki hükmü karşısında 6356 sayılı Kanunun anılan hükümlerinin ILO'nun 87 sayılı

¹³ Başterzi, 181-182. Ayrıca krşz. Doğan Yenisey, Akademik Forum tartışmaları, 428.

¹⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, 43. Canbolat, 74.

¹⁵ Başterzi, 181-182. Ayrıca krşz. Doğan Yenisey, Akademik Forum tartışmaları, 428.

Sözleşmesiyle çelişmesi nedeniyle uygulama alanı bulamayacağı yönünde yorum yapılarak çözümlenebileceği düşüncesindeyiz¹⁶.

Zira 6356 sayılı Kanun ile getirilen sendikaların belirli bir işkolunda faaliyette bulunmaları gerektiği yönündeki şartın, ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesinin yukarıda açıklanan hükümleriyle çeliştiğinin, öğretide aksi yönde görüşler¹⁷ bulunmakla birlikte, açık olduğu kanaatindeyiz. Bunun gibi 6356 sayılı Kanunun anılan hükümlerinin, bireysel ve kollektif sendika özgürlüğünü koruma altına alan ILO'nun Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı başlıklı 98 sayılı Sözleşmesine, daha genel düzeyde örgütlenme hakkını koruyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesine ve Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 8. maddesine aykırı olduğu kanaatindeyiz¹⁸. Ayrıca, aynı çelişkinin 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununun sendikal örgütlenme düzeyini hizmet kolu esasına dayandırarak sınırlayan ve işyeri ile meslek esasına dayalı sendika kurulmasını yasaklayan 4. maddesi ile 15. maddesinin bazı bentleri ile ILO'nun 151 sayılı Sözleşmesi arasında da bulunduğu kanaatindeyiz¹⁹.

Bunun da ötesinde, 1982 tarihli Anayasamızın 51/2. maddesinde *“Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir”* hükmüne açıkça yer verilmiştir. Bunun gibi, Anayasanın 13. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik*

¹⁶ Başterzi, 181-182, 278-293. Gülmez, 15, 20-21, 31-32,43-44, 49-51. Ayrıca bkz. Ö. Hicri Tuna'nın Yargı-Sen ile ilgili Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin (21.02.2012, E.2011/49782, K. 2012/4945) kararına ilişkin karşı oy yazısı.

¹⁷ Çelik, İş Hukuku,462-463. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 510-512. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Gülmez, 25-27.

¹⁸ Bkz. Başterzi, 283-293.

¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, 114-120. Başterzi, 289-293. Gülmez, 15, 20-21, 31-32,43-44, 49-51.

toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” hükmüyle Anayasal güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasada belirtilen sebeplere dayanarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu itibarla, sendikal örgütlenme düzeyinin sadece işkolu esasıyla sınırlanmasının Anayasanın 13. ve 51/2. maddesine aykırı olduğunu da düşünmekteyiz²⁰. Ancak Anayasa Mahkemesince bu yönde bir sonuca varılmaksızın anılan hükümlerin Anayasaya aykırı olduğunu belirtmenin söz konusu hükümlerin uygulanmasını engellemeyeceği açıktır²¹.

Açıklanan nedenlerle, 6356 sayılı Kanunun işkolu esasına göre sendikal örgütlenmeyi zorunlu kılan yukarıda belirtilen hükümlerinin, Anayasamızın 13. ve 51/2. maddeleri ile Anayasanın 90. maddesi uyarınca esas alınması gereken uluslararası normlar ile çeliştiği düşüncesindeyiz. Temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası antlaşmalar ile iç hukuk normlarının çelişmesi halinde ise Anayasanın 90/5. maddesi uyarınca uluslararası normların uygulanması gerektiği açıktır²². Bu itibarla söz konusu çelişki karşısında, özellikle ILO’nun 87 sayılı (kamu görevlileri bakımından 151 sayılı) Sözleşmesi hükümlerinin esas alınması ve dolayısıyla meslek esasına dayalı sendikal örgütlenmenin engellenmemesi gerektiği; Kanunun 2/4. maddesinde yer alan sözleşmelere dayalı olarak kurulmasına izin verilen sendikalar bakımından bu sendikaların tüzüklerinde faaliyette bulunacakları işkolunu belirtmemeleri durumunda²³ bu sendikaların hukuka aykırı olduğuna karar verilerek kapatılamayacakları veya kurulmalarının engellenemeyeceği, bu sendikalara o meslek grubuna dahil olan ve serbest meslek icra eden kişilerin hangi işkolunda faaliyette bulunduklarına bakılmaksızın üye

²⁰ Gülmez, 26.

²¹ Anayasa Mahkemesine yapılan başvurunun değerlendirilmesi için bkz. Kutal, İptal Davası, 15, 26-27. Nitekim Başterzi, Yargı-Sen ile ilgili Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin (21.02.2012, E.2011/49782, K. 2012/4945) kararını bu açıdan eleştirerek, Dairenin en azından somut norm denetimine başvurduktan sonra bunun sonucunu bekleyerek karar vermesi gerektiğini haklı olarak ifade etmiştir, Başterzi, 293.

²² Gülmez, 22-27, 31-32, 41-44.

²³ Doğan Yenisey, Akademik Forum tartışmaları, 428.

olabilecekleri sonucuna varmaktayız²⁴. Bu şekilde kurulan örgütlerin sendika olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve bu itibarla 6356 sayılı Kanuna tabi olup olmayacaklarının tartışılması gerektiği açıktır. Ancak değinmiş olduğumuz gerekçeler karşısında, bu tür örgütlerin hukuka aykırı olmadıkları ve kurulabilecekleri, dolayısıyla kapatılmamaları gerektiği yönündeki kanaatimizi burada belirtmek gerektiği düşüncesindeyiz²⁵.

2. İşyeri Esasına Dayalı Sendikal Örgütlenme

a. Genel Olarak

İşyeri esasına dayalı sendikal örgütlenmeyle amaçlanan, yürüttükleri faaliyete bakılmaksızın sadece aynı işyerinde çalışan kişilerin sendika kurabilmeleri veya sendikaya üye olabilmeleri, sendikanın da sadece kurulu olduğu işyeriyle sınırlı olarak faaliyette bulunabilmesidir²⁶. İşyeri düzeyinde kurulan sendikaların aynı işyerinde kurulmuş diğer sendikalarla rekabetinin işçiler arasındaki dayanışmayı azaltması ve bu sendikaların işverenle yakın ilişki kurmaları nedeniyle üyelerinin çalışma koşullarının geliştirilmesine hizmet edememelerine sıklıkla tanık olunmuş²⁷, bu nedenle 274 sayılı Kanunla izin verilen işyeri sendikacılığı 2821 sayılı Kanunun 3/3. maddesiyle açıkça yasaklanmıştır²⁸.

Bununla birlikte, söz konusu yasağa ilişkin düzenlemeye 6356 sayılı Kanunda yer verilmemiştir. Bunun gibi, 2821 sayılı Kanunun 3. maddesinde sendika kurulabilmesi için getirilen “*Türkiye çapında faaliyette bulunma*” şartı da 6356 sayılı Kanun tarafından terk edilmiştir. Bu itibarla, 6356 sayılı Kanun bakımından artık ülkemizde işyeri düzeyinde sendika kurulmasının yasak olmadığı ve bu tür sendikaların da

²⁴ Bkz. Gülmez, 15, 20-21, 31-32,43-44, 49-51.

²⁵ Bu yönde bkz. Başterzi, 181-182, 278-293. Aynı yazar, Akademik Forum tartışmaları, 408-409. Ayrıca bkz. Canbolat, Akademik Forum tartışmaları, 431.

²⁶ Çelik, 44-45. Şahlanan, Sendikalar Hukuku, 24-25. Canbolat, 70. Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 313.

²⁷ Çelik, 44-45. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 511-512. Şahlanan, Sendikalar Hukuku, 24-25. Tuncay/Savaş Kutsal, 42. Canbolat, 70.

²⁸ Öğretide bu değişiklik isabetli bulunmuştur, Şahlanan, Sendikalar Hukuku, 24-26. Çelik, İş Hukuku, 463-464. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 511-512.

kurulabileceğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz²⁹. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, işyeri düzeyinde kurulan bir sendikanın 6356 sayılı Kanunun 41. maddesinde düzenlenen toplu iş sözleşmesi yetkisi alma koşullarını sağlamasının fiilen çok zor olduğu söylenebilecektir³⁰. Ancak, işyeri düzeyinde kurulacak sendikaların en azından baskı grubu³¹ olarak faaliyet sürdürmelerinin ve üyelerinin çalışma koşullarının bu şekilde iyileştirilmesi ve geliştirilmesi amacıyla faaliyette bulunmalarının hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

b. Sendikal Örgütlenme Hakkının Coğrafi Bakımdan Sınırlanması

2821 sayılı Kanunun 3. maddesinde yer alan “*Türkiye çapında faaliyette bulunma*” şartının 6356 sayılı Kanunda yer almaması, sendikal örgütlenme hakkının coğrafi bakımdan sınırlandırılması da engeller niteliktedir³². Örgütlenme hakkının coğrafi bakımdan sınırlandırılması; yerel, bölgesel ve ulusal düzeyde olmak üzere üç şekilde görülebilmektedir. 2821 sayılı mülga Sendikalar Kanununun 3. maddesinde yer alan “*İşçi sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler tarafından kurulur. İşveren sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işverenler tarafından kurulur. Kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve aynı işkolunda faaliyette bulunması şartı aranmaz*” hükmü uyarınca anılan Kanun döneminde işçi ve kamu da dahil olmak üzere işveren sendikalarının ulusal düzeyde faaliyette bulunmak amacıyla kurulması zorunluydu.

²⁹Tuncay/Savaş Kutsal, 43. Aksi yönde, Tunçomağ/Centel, 268. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 512. Sümer, 179. Bölgesel düzeyde sendika kurulabileceği hususunda bkz. Canbolat, 75. Şahlanan, Sendikalara İlişkin Hükümler, 16. Bu hükmün özellikle bölgesel sendikacılığa imkan sağlaması nedeniyle eleştirilmesi konusunda bkz. Şahlanan, Akademik Forum, 368. Aynı yazar, Akademik Forum tartışmaları, 440.

³⁰ Özveri, 45.

³¹ Canbolat, Akademik Forum tartışmaları, 431.

³² Tuncay/Savaş Kutsal, 43. Canbolat, 75. Şahlanan, Sendikalara İlişkin Hükümler, 16. Şahlanan, Akademik Forum, 368. Aynı yazar, Akademik Forum tartışmaları, 440. Aksi yönde, Çelik, İş Hukuku, 465.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Türkiye çapında faaliyette bulunma amacına sendika tüzüğünde yer verilmesi yeterliydi; ayrıca fiilen faaliyetin ulusal düzeyde yürütülmesi denetimi yapılmamaktaydı³³. Nitekim sadece Zonguldak bölgesinde faaliyette bulunan ve toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini buna rağmen alabilen işçi sendikası halen faaliyetine bu bölgede devam etmektedir. Zira o dönemde önemli olan, söz konusu amaca tüzükte yer verilmesi ve her sendikanın varlığını ortaya koyabilmesi aracı olarak görülen toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini alabilmesiydi.

Bununla birlikte, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda, sendikaların Türkiye çapında faaliyette bulunmak üzere kurulması zorunluluğuna ilişkin bir kural yer almadığından, anılan Kanunun yürürlüğe girdiği 07.11.2012 tarihinden itibaren ülkemizdeki sendikaların ulusal düzeyde faaliyette bulunma amacını taşımaksızın kurulabilecekleri, diğer bir anlatımla yerel veya bölgesel düzeyde faaliyette bulunma amacının sendika kurulması için yeterli olduğu sonucuna varmak gerekir³⁴. Ancak toplu iş sözleşmesi yapma hakkı ile örgütlenme hakkının birbirinden farklı olduğu³⁵ bilinmekle birlikte, uygulamada sendikaların temel amacının toplu iş sözleşmesi yapmak olduğu³⁶ ve örgütlenme hakkı, toplu pazarlık ile grev haklarının bir bütünü oluşturan parçalar niteliği taşıdığı kabul edildiği³⁷ için, bir sendikanın gücünü ispat edebilmesinde toplu iş sözleşmesi yapabilmesinin önemi yadsınamaz³⁸. Bu amaçla sendikanın anılan Kanunun 41. maddesinde düzenlendiği üzere faaliyette bulunduğu işkolundaki işçilerin en az yüzde birini temsil etmesi gerekmektedir. 6356 sayılı Kanun ile işkolları

³³ Şahlanan, Sendikalar Hukuku, 35. Doğan Yenisey, 46.

³⁴ Kutal, 403. Tuncay/Savaş Kutsal, 43. Canbolat, 75. Şahlanan, Sendikalarla İlişkin Hükümler, 16. Şahlanan, Akademik Forum, 368. Aynı yazar, Akademik Forum tartışmaları, 440. Sur, Uluslararası Normlar, 332. Alpagut, 122. Doğan Yenisey, 46. Krşz. Çelik, İş Hukuku, 465.

³⁵ Alpagut, 121. Canbolat, Akademik Forum tartışmaları, 431. Krşz. Özveri, 45.

³⁶ Özveri, 45.

³⁷ Canbolat, 67.

³⁸ Özveri, 45.

sayısının 28'den 20'ye düşürüldüğü³⁹ ve ülkemizdeki giderek azalan sendikalaşma oranı⁴⁰ da göz önüne alındığında, bölgesel veya yerel düzeyde kurulmuş bir sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini almasının kolay olmayacağını belirtmek gerekir⁴¹. Ancak bölgesel düzeyde faaliyette bulunan ve toplu iş sözleşmesi yetkisini alan sendikalarımızın olduğu da bilinen bir gerçektir⁴². Bunun gibi, sendikaların örgütlenme düzeyi, toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesinin de düzeyini belirler⁴³. Bu itibarla, belirli bir bölgede faaliyet göstermek amacıyla kurulmuş bir sendikanın, başka bir bölgede çalışan işçileri kapsayacak şekilde toplu pazarlık yürütmesi veya toplu iş sözleşmesi akdetmesi mümkün olmayacaktır⁴⁴. Bu nedenlerle, 6356 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren ülkemizdeki sendikalar bakımından ulusal düzeyde faaliyette bulunma şartının söz konusu olmadığı kabul edilmekle birlikte, yerel veya bölgesel düzeyde faaliyette bulunacak sendikaların burada belirtilen hususları dikkate alarak faaliyet alanlarını ve dolayısıyla kuruluş düzeylerini belirlemelerinde fayda olduğunu belirtmek gerekir.

3. İşkolu Esasına Dayalı Sendikal Örgütlenme

İşkolu (endüstri kolu) esasına dayalı sendikal örgütlenme bakımından asıl olan, belirli bir işkolunda faaliyet gösteren işyerlerinde çalışan kişilerin, yürüttükleri iş veya dahil oldukları meslek grubu dikkate alınmaksızın sendika kurabilmeleri veya bu sendikalara üye olabilmeleri, sendikanın da kurulu olduğu işkolunda faaliyet gösterebilmesidir⁴⁵.

³⁹ Sendikaların güçlenmesi açısından bu uygulamayı isabetli bulan görüş için bkz. Çelik, İş Hukuku, 432. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 480. Okur, Akademik Forum tartışmaları, 423. Ayrıca bkz. Şahlanan, Sendikalar Hukuku, 29. Aksi yönde, Özveri, 46. Ancak işkollarının yönetmelikle düzenlenirken kanuna aykırı şekilde işkolunun işyerinin girdiği işkoluna göre değil, işverene göre belirlendiği durumlar hakkında haklı eleştiri için bkz. Başterzi, Akademik Forum tartışmaları, 409-410. Şahlanan, Akademik Forum tartışmaları, 408-409.

⁴⁰ Engin, 149.

⁴¹ Özveri, 45. Doğan Yenisey, 46. Ayrıca bkz. Tuncay/Savaş Kutsal, 42.

⁴² Şahlanan, Akademik Forum tartışmaları, 440.

⁴³ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 2. Canbolat, 67-68.

⁴⁴ Bkz. Canbolat, 68.

⁴⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, 39-41. Şahlanan, Akademik Forum, 367. Sümer, 179. Canbolat, 67-71. Başterzi, 179-180.

İşyerlerinde değişik mesleklerden kişilerin birlikte çalışması söz konusu olduğundan, kişilerin mesleklerine bakılmaksızın istihdam edildikleri işyerinin dahil olduğu işkolunda faaliyet yürütmek amacıyla kurulmuş sendikaya üye olmaları, işçiler arasındaki dayanışmayı artırması ve güçlü sendikacılık sonucunu doğurması nedeniyle en fazla tercih edilen örgütlenme türüdür⁴⁶. İşkolu esasına dayalı sendikalar belirli bir işyerinde veya belirli bir coğrafi bölgede çalışan işçiler tarafından da kurulabilmektedir⁴⁷. Nitekim bu itibarla yukarıda da ifade edildiği üzere, 6356 sayılı Kanunun 2/1-ğ ve 8/1-c maddelerindeki düzenlemelerin işyeri veya bölgesel düzeyde sendika kurulmasını engellemediği kanaatindeyiz.

2821 sayılı Kanunun 3. maddesinde yer alan “*İşçi sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler tarafından kurulur. İşveren sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işverenler tarafından kurulur... Bir işkolunda birden fazla sendika kurulabilir. Meslek veya işyeri esasına göre işçi sendikası kurulamaz*” yönündeki hükümle işçi ve işveren sendikalarının işkolu esasına dayalı olarak kurulması zorunluluk arz etmekteydi. Bunun tek istisnasını, bilindiği üzere kamu işveren sendikaları oluşturmaktaydı.

6356 sayılı Kanun 2/1-ğ bendinde, sendikanın “*İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları*” ifade ettiğini açıkça düzenleyerek işkolu esasına dayalı olarak kurulmayan sendikaları Kanunun kapsamı dışında bırakmayı amaçlayan bir düzenleme getirmiştir⁴⁸. Bunun gibi, Kanunun

⁴⁶Nitekim Almanya’da bu yönde yasal bir zorunluluk bulunmamasına rağmen, işkolu düzeyinde kurulan sendikalar uygulamada güç kazanmış ve yaygınlaşmıştır, Canbolat, 70.

⁴⁷Tuncay/Savaş Kutsal, 41.

⁴⁸Başterzi, 181. Ayrıca bkz. Doğan Yenisey, Akademik Forum tartışmaları, 428. Canbolat, Akademik Forum tartışmaları, 431.

3/1. maddesinde, sendikaların kuruldukları işkolunda faaliyet göstereceği; 4/2. maddesinde, bir işyerinde asıl işe yardımcı işlerin de asıl işin girdiği işkolundan sayılacağı; 8/1-c bendinde, sendikaların tüzüklerinde faaliyet gösterecekleri işkolunu belirtmelerinin zorunlu olduğu ve 17/4. maddesinde, bir işyerindeki yardımcı işlerde çalışan işçilerin de o işyerinin girdiği işkolunda kurulu sendikaya üye olabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeler bütün olarak değerlendirildiğinde, 6356 sayılı Kanunun işkolu esasına dayalı sendikal örgütlenme esasını benimsediği ve bu şekilde örgütlenmiş sendikaları kapsamına alıp düzenlediği sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁹. Bununla birlikte 6356 sayılı Kanun da, 2821 sayılı Kanun gibi, bu kurala kamu işverenleri bakımından istisna getirmiştir.

2821 sayılı Kanunun 60. maddesinde işkolları yirmi sekiz ayrı başlık altında belirlenmiş ve söz konusu işkollarına hangi işlerin girdiğinin tüzükle belirlenmesi öngörülmüştür. Buna karşılık, 6356 sayılı Kanunun 4/1. maddesinde işkollarının bu Kanuna ekli 1 sayılı cetvelde düzenlendiği belirtilmiş ve anılan maddenin 3. fıkrasında “*Bir işkoluna giren işler, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü alınarak ve uluslararası normlar göz önünde bulundurularak Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir*” hükmüyle her bir işkoluna giren işlerin yönetmelikle belirleneceği düzünlenmiştir. Öğretide, işkollarına girecek işlerin Danıştay denetimine tabi olmayan ve kolaylıkla değiştirilmesi mümkün yönetmeliğe bırakılması haklı olarak eleştiri konusu yapılmaktadır⁵⁰.

Kanunun 4/1. maddesine dayanılarak hazırlanan İşkolları Yönetmeliği, 19.12.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Yönetmelik, yine Kanunun 4/3. maddesiyle uyumlu olarak uluslararası normlar esas alınarak hazırlanmıştır. Nitekim Yönetmeliğe ekli listenin sonuna not konularak “*Bu listede yer alan sınıf*

⁴⁹ Çelik, İş Hukuku, 457-458. Şahlanan, 6356 Sayılı Kanun, 113. Aynı yazar, Akademik Forum, 367. Sümer, 179. Tunçomağ/Centel, 267-268. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 509. Başterzi, 181. Canbolat, 75.

⁵⁰ Şahlanan, Akademik Forum, 368. Kutal, 400. Başterzi, 183 ve özellikle dn. 1. Doğan Yenisey, 50.

ve alt sınıf numaraları ve tanımları NACE (*Nomenclature générale des Activités économiques dans les Communautés Européennes-Avrupa Topluluğunda Ekonomik Faaliyetlerin İstatistikî Sınıflaması*) Rev.2 –Altılı Ekonomik Faaliyet Sınıflamasının Yönetmeliğın hazırlanıldığı tarihte kullanılan güncel yayınına göre belirlenmiştir” ifadesine yer verilmiştir. Bu itibarla, 6356 sayılı Kanunun uygulanması bakımından anılan Yönetmeliğe ekli listenin dikkate alınarak işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi gerekecektir.

II. 6356 Sayılı Kanun Bakımından İşkolunun Önemi

1. Genel Olarak

6356 sayılı Kanunun uygulanması bakımından işkolunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira anılan Kanunun sistemi ve uygulanması işkolu esasına dayandırılmıştır⁵¹. Bu itibarla ilk olarak belirtmek gerekir ki, sendikaların hangi işkolunda kurulacağı ve hangi işyerlerindeki işçileri ve işverenleri üye kaydedebileceği sorusunun cevabı işyerinde yürütülen asıl işin hangi işkoluna girdiğinin belirlenmesiyle verilebilecektir. Zira Kanunun 4/2. fıkrasında yer alan “*Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin girdiği işkolundan sayılır*” hükmü ile bu maddeye paralel düzenleme içeren İşkolları Yönetmeliğinin 3. maddesi dikkate alındığında, işyerinde yürütülen asıl işe göre işkolu tespiti yapılması ve işyerinde yürütülen yardımcı işlerin de asıl işin girdiği işkolundan sayılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu hususta 2821 sayılı Kanundan farklı bir düzenlemeye gidilmediği açıktır. Bu nedenle aşağıda görüleceği üzere, işkolunun ve dolayısıyla bunun temelinde yer alan işyerinin ve işletmenin belirlenmesi sendikaların kuruluşu, üye kaydetmeleri ve faaliyet gösterecekleri, diğer bir anlatımla toplu iş sözleşmesi imzalayabilecekleri alanı, toplu iş sözleşmesinin türünü ve sendikanın tabi olacağı yetki şartlarını belirlemektedir⁵².

⁵¹ Çelik, İş Hukuku, 457-458. Şahlanan, 6356 Sayılı Kanun, 113. Aynı yazar, Akademik Forum, 367. Sümer, 179. Tunçomağ/Centel, 267-268. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 509. Demir, 416-418. Başterzi, 181. Canbolat, 75. Doğan Yenisey, 44-46, 48.

⁵² Bkz. Canbolat, 68, 105-124. Doğan Yenisey, 48.

2. Toplu İş Sözleşmesi Türünün Belirlenmesi ve Yetki Şartları Açısından

İşçi sendikası ile işveren veya işverenin üyesi olduğu işveren sendikası arasında imzalanacak toplu iş sözleşmesinin türü, işyeri/işyerleri ve işkolu/işkolları esas alınarak belirlenmektedir⁵³. Şöyle ki, imzalanacak toplu iş sözleşmesinin, işyeri toplu iş sözleşmesi mi, işletme toplu iş sözleşmesi mi olacağı, işkolunun ve bunun belirlenmesinde dikkate alınan işyeri-işletme ayrımının yapılmasıyla belirlenebilecektir. Bunun gibi, işçi sendikası ile işveren sendikası arasında grup toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için, işveren sendikasına üye olan işverenlerin aynı işkolunda faaliyet gösterdikleri işyerlerinin bulunması gerekir. Bu itibarla, işkolunun belirlenmesinin en önemli sonucunun imzalanacak olan toplu iş sözleşmesinin türünün tespiti olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır⁵⁴.

Bunun gibi, işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini alabilmesi için gerekli olan koşulların düzenlendiği 6356 sayılı Kanunun 41. maddesi uyarınca işkolunun belirlenmesi ayrı bir önem arz etmektedir. Zira aşağıda görüleceği üzere, 6356 sayılı Kanun, işkolunun belirlenmesinde işyerini esas almıştır. İşçi sendikası tek bir işyerinde çalışan işçileri kapsayacak toplu iş sözleşmesini yapmak amacıyla yetki başvurusunda bulunursa, Kanunun 41. maddesinde öngörülen “*toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının*” bu sendikaya üye olması gerekecektir. Buna karşılık, işçi sendikası, işletme toplu iş sözleşmesi imzalamak amacıyla yetki başvurusunda bulunursa, işletmede çalışan işçilerin en az %40’ının başvuruyu yapan sendikaya üye olması gerekecektir. Bu itibarla, işkolunun ve dolayısıyla bunun temelini oluşturan işyerinin veya aynı işkolunda yer alan işyerlerinden oluşan işletmenin tespiti, hem

⁵³Canbolat, 105-124. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 570-577. Şahlanan, 50-51. Tunçomağ/Centel, 344-345. Sümer, 231-233. Ayrıca bkz. Doğan Yenisey, Akademik Forum tartışmaları, 428; yazar, işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi halinde sendikalaşma oranı düşük olmasına rağmen toplu iş sözleşmesinden yararlananların ülke genelindeki oranının yüksek olacağını haklı olarak ifade etmiştir. Ayrıca bkz. Aynı yazar, 48.

⁵⁴Toplu iş sözleşmesi türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Canbolat, 105-124.

imzalanacak toplu iş sözleşmesinin türünü hem de işçi sendikasının yetki alması için sağlaması gereken koşulları belirleyici rol oynamaktadır⁵⁵.

Aynı şekilde, işletme toplu iş sözleşmesi imzalanmak istenen işyerleri bakımından işletme niteliğinin mevcut olup olmadığının belirlenmesinde de işkolu önem arz etmektedir⁵⁶. Burada ifade etmek gerekir ki, söz konusu tespiti yönelik davalarda, ayrıca işkolu tespiti yapılması zorunlu olduğundan ve 6356 sayılı Kanunun 5. maddesinde yer alan *“Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz”* yönündeki düzenlemeye, ayrıca Kanunun işletme niteliğinin tespitine ilişkin davaları düzenleyen 34/4. maddesinde yer verilmediğinden, işverenin işletme niteliğinin tespiti amacıyla dava açarak yetki sürecini uzatabilmesi mümkündür. Kanunda işkolu tespiti davalarıyla yetki sürecinin uzamasının önüne Kanunun 5. maddesindeki anılan düzenlemeyle geçilirken, işletme niteliğinin tespiti davaları bakımından bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemesi öğretide haklı olarak eleştirilmektedir⁵⁷. Zira bu davada da çözümlenmesi gereken temel sorun, işkolu olacak ve bekletici mesele yapılabilecektir⁵⁸. İşletme niteliğinin tespiti için gerekli olan işkolunun belirlenmesine yönelik işlemlerin kamu düzeninden olduğu düşünüldüğünde, kanunda aksi yönde bir hüküm bulunmadığı sürece, işkolunun belirlenmesi sorununun bekletici mesele yapılması gerekecektir⁵⁹. Nitekim Yargıtay da, işkolunun belirlenmesine ilişkin işlemlerin kamu düzeninden olduğuna karar vermektedir⁶⁰.

⁵⁵ Şahlanan, 50-51. Engin, 146-149. Ayrıntılı bilgi için bkz. Canbolat, 105-124.

⁵⁶ Şahlanan, 52-53.

⁵⁷ Şahlanan, 52-53. Aynı yazar, Akademik Forum, 368. Başterzi, Akademik Forum tartışmaları, 410. Krşz. Canbolat, 141-143.

⁵⁸ Şahlanan, 52-53. Aynı yazar, Akademik Forum, 368. Güzel, Akademik Forum tartışmaları, 437. Başterzi, Akademik Forum tartışmaları, 410. Krşz. Canbolat, 141-143.

⁵⁹ Başterzi, Akademik Forum tartışmaları, 410.

⁶⁰ Y7HD, 12.04.2013, 8992/6394 (yayınlanmamış karar). Y7HD, 17.12.2013, 22323/22413, Kazancı Hukuk Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (05.01.2015).

Bunun gibi Yüksek Mahkeme, 2013 tarihli bir kararında⁶¹, “... 6356 sayılı *Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu*’nun 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin yetki süreci devam ederken ortaya çıkan ve çözümü aynı maddenin 1. fıkrasında özel olarak düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmesi gereklidir. Ancak gerek 6356 sayılı Kanun’da, gerekse mülga 2822 sayılı Kanun’da işletme kapsamına ilişkin uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılamayacağına dair yukarıdaki düzenlemeye benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kural kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenlerle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise, mahkemenin bu uyuşmazlığı çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyuşmazlığın, mülga 2822 sayılı Kanun’un uygulandığı olaylarda söz konusu Kanun’un 3. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre, 6356 sayılı Kanun’un uygulandığı olaylarda ise anılan Kanun’un 34. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir. Yetki uyuşmazlığını inceleyen mahkemenin işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olmaması halinde ise yine aynı hükümlere göre bu problemin çözümü bekletici mesele yapılmalıdır” yönünde karar vererek, davacı şirkete ait dört işyerinin 6356 sayılı Kanun bakımından işletme niteliği taşımadığının belirlenmesine ve Bakanlık tarafından yapılan yetki tespitinin iptaline ilişkin davada işkolu tespitinin bekletici mesele yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır.

3. Sendika Üyeliliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi Açısından

6356 sayılı Kanun, 17 ve 19. maddeleriyle sendikaya üyelik bakımından da işkolu esasını benimsediğini ortaya koymuştur. Burada üzerinde durulması gereken iki husus vardır. Bunlardan ilki, sendika kurucusu olabilmek için gerekli olan koşulları düzenleyen Kanunun 6. maddesinde yer alan “*Fiil ehliyetine sahip ve fiilen çalışan gerçek veya*

⁶¹ Y22HD, 06.12.2013, 33468/28331, Kazancı Hukuk Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (10.01.2015).

tüzel kişiler sendika kurma hakkına sahiptir” yönündeki şartın, “*sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışma*” şartı yerine sadece “*fiilen çalışma*” şartını getirmiş olmasıdır. 2821 sayılı Kanunun 5. maddesinde sendika kurucusu olabilmek için aranan, sendikanın kurulu olduğu işkolunda fiilen çalışır olma şartı 6356 sayılı Kanuna alınmamıştır. Ancak bu düzenleme öğretide haklı olarak eleştirilmektedir⁶². Zira bu görüşe göre, sendikaya kurucu üye olan kişinin, o sendikanın kurulu olduğu işkolunda fiilen çalışması şartının aranmaması büyük eksiklik olmuştur. Bununla birlikte öğretide, fiilen çalışma şartının da kaldırılarak emekli olan kişilere de sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkının tanınması gerektiği ileri sürülmektedir⁶³. Bu görüşe göre, söz konusu hükmün daha da genişletilmesi ve “*çalışmış olanlara*” sendika kurucusu olma hakkının tanınması yerinde olacaktır. Zira bu şekilde hem emekli olan hem de işsiz kalan işçilere de sendika kurma hakkı tanınmış olur.

Bunun yanında, sendika üyeliğinin işkolu esas alınarak tesis edilmesine ilişkin olarak öğretide bazı yazarlarca, Kanunun 19/7. maddesi ile 5/3 ve 37/1. maddeleri arasında çelişki olduğu ileri sürülmektedir⁶⁴. Zira Kanunun 19/7. fıkrasında “*İşkolunu değiştirenin sendika üyeliği kendiliğinden sona erer*” ifadesine yer verilmişken; Kanunun 5/3. fıkrasında “*İşkolu değişikliği yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemez*” ve 37/1. fıkrasında “*... toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin veya işyerinin girdiği işkolunun değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez*” hükümlerine yer verilmiştir. Bu görüşe göre, işkolu değişikliği işçinin sendika üyeliğini sona erdirmekte, ancak toplu iş sözleşmesi yürürlükte kalmaktadır. Bu durumda işçinin söz konusu sözleşmeden yararlanması mümkün olmayacaktır. Bu görüşü savunan yazarlardan birine göre, bu halde işçinin dayanışma aidatı ödeyerek söz

⁶² Şahlanan, Akademik Forum, 369, 446. Doğan Yenisey, 49.

⁶³ Kutal, Akademik Forum tartışmaları, 450. Aynı yazar, İptal Davası, 16. Ayrıca bkz. Sur, Uluslararası Normlar, 331.

⁶⁴ Şahlanan, 52. Aynı yazar, Akademik Forum, 368-369. Alpagut, Akademik Forum tartışmaları, 426-427. Aksi yönde, Soyer, Akademik Yorum tartışmaları, 407-408. Eyrenci, Akademik Yorum tartışmaları, 413. Canbolat, Akademik Forum tartışmaları, 429-430.

konusu sözleşmeden yararlanması mümkün olabilecektir, ancak bu görüşü eleştiren diğer yazarlar gibi anılan yazar da, bu durumda sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışmayan işçinin dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanması sonucunun doğacağını ifade etmektedir⁶⁵.

Öğretideki diğer görüşe göre ise, anılan hükümler arasında bir çelişki mevcut değildir⁶⁶. Zira Kanunun 5/3 ve 37/1. maddelerinde düzenlenen, işçinin iradesi dışındaki işkolu değişiklikleridir. Bu halde işçinin yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam etmesi anılan hükümler uyarınca mümkün olacak ve bu şekilde işkolu değişikliği işçinin aleyhine sonuç yaratmayacaktır. Kanunun 19/7. maddesinde düzenlenen ise, işçinin kendi iradesiyle işkolunun değişmesi, yani aslında işçinin işyerinden ayrılması durumudur; nitekim kanunun lafzına bakıldığında “*işkolunu değiştiren*” işçiden söz edildiği görülecektir⁶⁷. Bu nedenle işçinin işyerini değiştirmesi halinde ayrıldığı işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam etmesi zaten mümkün olmayacaktır. Kanımızca Kanunun 19/7. maddesinin, işçinin iradesine dayalı işkolu değişikliklerini düzenlediğini kabul etmek gerekir. Zira bu şekilde hem anılan hükümler arasında çelişki yaratılması önlenecik hem de işçinin kendi iradesi dışındaki işkolu değişiklikleri söz konusu olduğunda, işçinin Kanunun 5/3 ve 37/1. maddeleri uyarınca toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam etmesi sağlanacak, bu şekilde o işkolunda çalışmayan işçinin dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamayacağı da çözümlenmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmayacaktır. Nitekim Kanunun 19/7. maddesinde açıkça “*işkolunu değiştiren*” işçiden söz edilmektedir. Bu itibarla, Kanunun 19/7. maddesinin sadece işçinin iradesine dayalı işkolu değişikliklerini düzenlemeyi amaçlayan bir hüküm olduğunun kabul edilmesinin daha uygun olduğu düşüncesindeyiz.

⁶⁵ Alpagut, Akademik Forum tartışmaları, 426-427.

⁶⁶ Soyer, Akademik Forum tartışmaları, 407-408. Eyrenci, Akademik Forum tartışmaları, 413. Canbolat, Akademik Forum tartışmaları, 429-430.

⁶⁷ Eyrenci, Akademik Forum tartışmaları, 413.

Görüldüğü üzere, 6356 sayılı Kanun bakımından işkolunun belirlenmesi; sendikanın kurulmasından başlayarak sendikaya üye olunması, imzalanacak toplu iş sözleşmesinin türünün belirlenmesi, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin alınması, yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam edilip edilemeyeceğine ve sendika üyeliğinin sona ermesine kadar Kanunun düzenlediği her konuda esas teşkil etmektedir. Bu nedenle işkolunun doğru belirlenmesi, Kanunun uygulanması bakımından belirleyici rol oynamaktadır. Bununla birlikte, 6356 sayılı Kanunun uygulanması bakımından işyeri ve işyerine bağlı yerler ile işletme kavramları birbirine karıştırılmakta⁶⁸, bazı durumlarda parçalı işkolu tespitleri yapılmaktadır. Bu hususların, Kanunun doğru uygulanabilmesi amacıyla incelenmesi gerektiği açıktır.

III. 6356 Sayılı Kanun Bakımından İşkolunun Belirlenmesi

1. Genel Olarak

“İşkolu” kavramı mevzuatımızda tanımlanmamakla birlikte, 2821 sayılı Kanunda olduğu gibi, 6356 sayılı Kanunla sınırlı sayıda olacak şekilde belirlenmiştir. 2821 sayılı Kanunda 28 olan işkolu sayısı, 6356 sayılı Kanunun ekli 1 sayılı cetvelindeki düzenlemeyle 20’ye düşürülmüştür⁶⁹. İşkollarının bu şekilde yasayla belirlenmesine karşın, 6356 sayılı Kanun, 2821 sayılı Kanundan farklı olarak, söz konusu işkollarından sayılacak işlerin belirlenmesini tüzüğe değil, yönetmeliğe bırakmıştır. İşkollarına giren işlerin tüzük yerine kolaylıkla değiştirilebilen ve Bakanlığın yetkisinde olan yönetmelikle belirlenmesinin öngörülmesi öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir⁷⁰. Zira 274 sayılı Kanun dönemindeki benzer düzenleme nedeniyle sendikaların yetkileri yürütme organının iradesine tabi kılınmış ve hem bireysel hem de

⁶⁸ Şahlanan, 50-51.

⁶⁹ Sendikaların güçlenmesi açısından bu uygulamayı isabetli bulan görüş için bkz. Çelik, İş Hukuku, 432. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 480. Okur, Akademik Forum tartışmaları, 423. Ayrıca bkz. Şahlanan, Sendikalar Hukuku, 29. Aksi yönde, Özveri, 46.

⁷⁰ Şahlanan, Akademik Forum, 368. Kutal, 400. Tuncay/Savaş Kutsal, 43. Başterzi, 183. Doğan Yenisey, 50.

kollektif sendika özgürlüğünü zedeleyici sonuçlarla karşılaşmıştır⁷¹. Bu nedenle işyerinde yürütülen işin hangi işkolundan sayılacağıının tüzükle belirlenmesinin öngörülmesi daha isabetli olurdu düşüncesindeyiz.

Kanunun 4/3. maddesinde yer alan “*Bir işkoluna giren işler, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü alınarak ve uluslararası normlar göz önünde bulundurularak Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir*” yönündeki hükme dayanılarak çıkarılan 2012 tarihli İşkolları Yönetmeliği uluslararası normlar esas alınarak hazırlanmıştır. Bununla birlikte Yönetmelik yürürlüğe girdikten altı ay kadar sonra⁷² “*Aynı Yönetmeliğin EK-1 İşkolları Listesinde yer alan 10 nolu ‘Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar’ işkolunun 52.29.09 nolu alt sınıfının tanımı ‘Yetkili gümrük müşavirleri veya gümrük müşavirleri’ şeklinde; 66.19.06 nolu alt sınıfının tanımı ‘Esnaf ve sanatkârlar kredi kefalet kooperatiflerinin kredi aracılık faaliyetleri ile kredi garanti fonunun faaliyetleri’ şeklinde; 71.12.01 nolu alt sınıfının tanımı ‘Yer yüzeyinin araştırılması ve harita yapımına yönelik mühendislik faaliyetleri (jeodezik, fotogrametrik ve hidrografik ölçüm yapma, topografya hizmetleri ile yol, kadaströ ve topoğrafik gibi haritaların hazırlanması)’ şeklinde değiştirilmiş ve aynı ekte yer alan 12 nolu ‘Metal’ işkolunun ‘33.14’ satırının altına aşağıdaki satır eklenmiştir. 33.16 Hava taşıtlarının ve uzay araçlarının bakım ve onarımı*” yönündeki hükümle değişikliğe uğramıştır.

Bunun gibi, 26.03.2014 tarihli Resmi Gazetede⁷³ yayımlanan İşkolları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle bu kez, Yönetmeliğe ekli listenin 4, 5, 7, 10, 13, 14 ve 20 numaralı işkolu tablolarında değişiklik yapılmıştır. Bu kısa sürede yapılan değişiklikler dahi, işkollarına giren işlerin yönetmelikle düzenlenmesinin hatalı olduğunu kanımızca ortaya koymak için yeterlidir⁷⁴.

⁷¹ Başterzi, 183 ve dn. 1.

⁷² RG: 26.07.2013, S.28719.

⁷³ RG: 26.03.2014, S.28953.

⁷⁴ Doğan Yenisey, 50.

İşkolları Yönetmeliğine ekli listenin hazırlanmasında uluslararası norm niteliği taşıyan *NACE* (Nomenclature générale des Activités économiques dans les Communautés Européennes-Avrupa Topluluğunda Ekonomik Faaliyetlerin İstatistiki Sınıflaması) Rev.2 –Altılı Ekonomik Faaliyet Sınıflamasının Yönetmeliğin hazırlandığı tarihte kullanılan güncel yayını esas alınmış olmakla birlikte, bazı işler bakımından işkolunun belirlenmesinde işyerinde yürütülen işin değil, Devlet Su İşleri, Milli Savunma gibi bizzat işverenin niteliğinin dikkate alındığı görülmektedir. Bu şekilde işkolu belirlenmesinin Kanuna aykırı olduğu açıktır⁷⁵. Bu yöndeki öğreti eleştirilerine⁷⁶ rağmen, yukarıda belirtilen yönetmelik değişikliklerinde bu husus dikkate alınmamıştır.

2. İşkolunun Belirlenme Usulü

6356 sayılı Kanunun 3/1. fıkrasında, sendikaların kuruldukları işkolunda faaliyet göstereceği; 4. maddesinde, bir işyerinde yürütülen yardımcı işlerin de asıl işin girdiği işkolundan sayılacağı düzenlenmiştir. Bunun gibi Kanunun “*İşkolunun tespiti*” başlıklı 5. maddesindeki “*Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Bakanlıkça yapılır*” düzenlenmesi de işkolu tespiti yapılırken işyerinin esas alınacağını açıkça ortaya koymaktadır. Bu itibarla, 6356 sayılı Kanunun, 2821 sayılı Kanun gibi, işkolu tespitinde işyerinde yürütülen asıl işi esas aldığını belirtmek gerekir⁷⁷. Bu nedenle işkolu tespiti yapılırken işyerinin sınırlarının belirlenmesi önem arz eder. Bu konu aşağıda ayrıntılı şekilde incelenecektir. Ancak bundan önce, 6356 sayılı Kanunun öngördüğü işkolunun belirlenme usulü ve buna ilişkin önem arz eden bazı güncel Yüksek Mahkeme kararları üzerinde kısaca durmakta fayda vardır.

6356 sayılı Kanun, 2821 sayılı Kanunda olduğu gibi, ILO tarafından eleştiri konusu yapılmasına⁷⁸ rağmen işkolunun belirlenmesinde Bakanlık tarafından yapılan tespit usulünü benimsemiştir.

⁷⁵ Başterzi, Akademik Forum tartışmaları, 409. Doğan Yenisey, 51.

⁷⁶ Başterzi, Akademik Forum tartışmaları, 409. Doğan Yenisey, 51.

⁷⁷ Şahlanan, 50-51. Çelik/Caniklioglu/Canbolat, 506-507. Tuncay/Savaş Kutal, 45-47. Canbolat, Değerlendirme 2011, 264. Başterzi, 185-186. Doğan Yenisey, 50-53.

⁷⁸ Kutal, 400-401.

Öğretide Bakanlık tarafından yapılan bir tespit yerine üçlü yapılanma modeline uygun bağımsız bir kurul tarafından yapılacak tespitin daha objektif olacağı ve işkolu tespitinin yürütme organının yetkisinden çıkarılmasının ILO eleştirilerine de uygun olacağı ileri sürülmektedir⁷⁹. Öğretide bir başka görüşe göre, önemli olan işkolu tespitini kimin yaptığı değil, nasıl yapıldığıdır. Bu nedenle üçlü yapılanma modeline dayalı olarak oluşturulan kurulun Bakanlıktan daha objektif olup olmayacağının ayrıca tartışılması ve aslında bu tür bir kurul oluşturulacak ise, bunun ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi raporlarında belirtilen hususların da dikkate alınarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁸⁰. Kanunun 5. maddesinde “*Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Bakanlıkça yapılır. Bakanlık, tespit ile ilgili kararını Resmî Gazete’de yayımlar. Bu tespiti karşı ilgililer, kararın yayımından itibaren on beş gün içinde dava açabilir. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi hâlinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar*” hükümleriyle işkolu tespitinin nasıl yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, her işyeri için işkolu tespiti yaptırılması zorunlu olmadığı gibi, her işkolu tespiti yapıldığında konu yargıya taşınmamaktadır⁸¹. İşyerinin girdiği işkolu, İşkolları Yönetmeliğine ekli liste dikkate alınarak kolaylıkla belirlenebiliyorsa ve bu tespitin yapılmasında herhangi bir uyuşmazlık mevcut değilse, bu durumda Bakanlıktan işkolu tespiti yapılmasının talep edilmesi gerekli değildir. Söz konusu Bakanlık tespiti, genellikle bu konuda ihtilaf olduğu durumlarda⁸² veya Bakanlığın resen⁸³ işkolu tespiti yapması durumunda söz konusu olur.

Kanunun 5/2. fıkrasındaki “*Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli*

⁷⁹ Kutal, 400-401. Şahlanan, Akademik Forum tartışmaları, 439. Güzel, Akademik Forum tartışmaları, 436-437.

⁸⁰ Sur, Akademik Forum tartışmaları, 405.

⁸¹ Tuncay/Savaş Kutsal, 45. Kutal, 400-401.

⁸² Tuncay/Savaş Kutsal, 45.

⁸³ Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 93. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 507.

olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz” hükmü ile toplu iş sözleşmesi yapmak için yetki başvurusunda bulunulduktan sonra işkolu tespiti yapılmak istenirse bunun, bekletici mesele yapılarak yetki ve toplu iş sözleşmesi prosedürünü aksatması önlenmiştir. Bu itibarla böyle bir durumda işkolu tespiti talebi, bir sonraki dönem için sonuç doğuracak şekilde incelenecek ve toplu görüşmeler daha önce tespit edilen işkolu esas alınarak yürütülecektir⁸⁴.

İşkolları Yönetmeliğinin 4/3. fıkrasında yer alan “10/11/1983 tarihli ve 83/7376 sayılı İşkolları Tüzüğüne göre belirlenmiş olan işyerlerinin işkolu, en son yetki belgesi alan sendikanın kurulu bulunduğu işkolundan sayılır” yönündeki düzenlemesi, öğretide söz konusu işyerleri bakımından işkolu itirazında bulunma ve işkolunun tespiti davası açma yollarını kanuna aykırı şekilde kapatması nedeniyle haklı olarak eleştirilmiş⁸⁵ ve bu hüküm söz konusu Yönetmelikte 2013 yılı Temmuz ayında yapılan değişiklikle yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan hüküm yerine “İşkolları Tüzüğüne göre belirlenmiş olan işyerlerinin işkolu, yeni bir işkolu tespiti yapılmıncaya kadar en son yetki belgesi alan sendikanın kurulu bulunduğu işkolundan sayılır” düzenlemesi getirilerek, İşkolları Tüzüğüne göre belirlenmiş işkollarının, yeni işkolu tespiti yapılmıncaya kadar geçerli sayılması isabetli şekilde hükme bağlanmıştır⁸⁶.

Burada ifade etmek gerekir ki, işkolu tespit kararına karşı açılan davalarda temyiz üzerine verilen Yargıtay kararları kesindir. Diğer bir anlatımla, ilk derece mahkemesinin, kararının Yargıtay tarafından bozulması üzerine direnme kararı vermesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu şekilde önüne gelen davalarda, o dönemde yürürlükte olan 2821 sayılı Kanunun 4. maddesinde yer alan “Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar” hükmüne dayanarak ilk derece mahkemesinin

⁸⁴ Şahlanan, 51-52. Canbolat, 140-141.

⁸⁵ Şahlanan, 53. Aynı yazar, Akademik Forum, 368. Doğan Yenisey, 51.

⁸⁶ Doğan Yenisey, 51.

önceki kararında direnme kararını usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle bozmuştur⁸⁷. Aynı yöndeki düzenlemeye 6356 sayılı Kanunun 5/1. maddesinin son cümlesinde yer verildiğinden, belirtilen içtihadın günümüzde de geçerliliğini koruyacağı açıktır.

İşkolunun tespiti usulüne ilişkin olarak üzerinde durulması gereken son husus, Yargıtayın işkollarının belirlenmesine ilişkin hükümleri kamu düzeninden kabul ederek derhal uygulanmaları yönünde verdiği kararlarıdır. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 2013 tarihli bir kararında⁸⁸, işkolu tespitine ilişkin işlemlerin kamu düzenine ilişkin olduğunu, bu nedenle emredici nitelikte olduklarını belirterek ve 6356 sayılı Kanunun geçici 6/4. maddesinde yer verilen ve 2821 sayılı Kanun ile bu Kanuna dayanılarak hazırlanan mevzuata göre sonuçlandırılması öngörülen işlemler arasında işkolunun sayılmamış olması ile Kanunun geçici 1. maddesinin son cümlesinde yer alan “*Ancak, sendikalar faaliyet göstereceği işkolunu, bu Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren bir ay içerisinde yönetim kurulu kararıyla belirler*” hükmünün de amacının bu yönde olduğunu gerekçe göstererek İşkolları Yönetmeliğinin, yürürlüğe girdiği tarihte bütün uyumsuzluklara uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Bunun gibi anılan Daire 12 Nisan 2013 tarihli bir başka kararında⁸⁹, “ ... hüküm fıkrası 1.bendi sonundaki ‘...işyerlerinin İşkolları Tüzüğü’nün 4 sıra numaralı gıda sanayi işkoluna girdiğinin tespitine’ rakam ve sözcüklerinin çıkarılarak, yerine; ‘...işyerlerinin İşkolları Yönetmeliğinin 02 sıra numarasında sayılan ‘Gıda Sanayi’ işkoluna girdiğinin tespitine’ rakam ve sözcüklerinin yazılmasına, hükmün bu şekilde düzeltilerek onanmasına” yönünde karar vererek, ilk derece mahkemesinin mülga İşkolları Tüzüğüne göre vermiş olduğu 27 Aralık 2012 tarihli kararı, 19 Aralık 2012 tarihli İşkolları Yönetmeliğine uygun olması amacıyla düzelterek onamıştır.

⁸⁷ YHGK, 18.05.2011, 9-347/311, Canbolat, Değerlendirme 2011, 260 ve dn. 5.

⁸⁸ Y7HD, 17.12.2013, 22323/22413, Kazancı Hukuk Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (05.01.2015).

⁸⁹ Y7HD, 12.04.2013, 8992/6394 (yayınlanmamış karar).

6356 sayılı Kanunun 3, 4 ve 5. maddeleri dikkate alındığında, yukarıda da açıklandığı üzere, işkolu tespitinde dikkate alınan birim, işyeridir. Bu nedenle işyeri kavramının incelenmesi ve özellikle Yargıtay kararlarına ve öğreti görüşlerine konu olan tek işyeri-birden fazla işyeri, asıl iş-yardımcı iş ve işyerine bağlı yer-birden fazla işyeri kavramlarının değerlendirilmesi gereklidir.

3. İşyerinin Belirlenmesi

6356 sayılı Kanun, “Tanımlar” başlıklı 2/3. maddesinde “*Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir*” hükmüne yer vermek suretiyle işyerini, 4857 sayılı İş Kanunuyla paralel şekilde tanımlamıştır. Bu itibarla işkolu tespiti işlemleri bakımından 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinde yer alan “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür*” yönündeki işyeri tanımının esas alınması gereklidir⁹⁰. Bu itibarla, 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde öğreti ve yüksek mahkeme tarafından kabul edilen “işyeri” kavramının 6356 sayılı Kanun bakımından da dikkate alınması isabetli olacaktır.

Bu açıdan bir değerlendirme yapıldığında, Yargıtayın ilke kararlarında “4857 Sayılı Yasa’nın 2. maddesinin gerekçesinde işyeri tanımı meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında ‘işyerine bağlı yerler’ ile ‘eklentiler’ ve ‘araçların’ bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyerimi yoksa bir birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda

⁹⁰ Doğan Yenisey, 51.

‘amaçta birlik’, aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile ‘yönetimde birlik’ aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşullarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu ‘yerin’ dışına taşmış, özellikle ‘işveren kurulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.’ hükmü getirilmiştir. ... İşyerinin özelliği veren temel öge teknik amaçtır. Mal ve hizmetin kazanç amacıyla yahut başka bir amaçla üretilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla hizmet üretimi veya mal üretimi tek başına teknik bir amaç olabilir. Sonuç olarak işyeri teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birlikteliktir. İşyeri sürekli bir organizasyon içerisinde örgütlenmeyi gerektirir. Organizasyon özünde maddi ve maddi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırır. Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçları gerçekleşiyorsa amaçta birlik sağlanmıştır. Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir” ifadelerine yer verdiği görülmektedir⁹¹.

İşyerinin sınırlarının, özellikle iş organizasyonundan sayılan işyerine bağlı yerlerin tespiti hususunda 4857 sayılı İş Kanunu bakımından uyumsuzluk çıkmamakla birlikte, aynı tespitin işkolunun belirlenmesi amacıyla yapıldığı durumlarda bu kavramın birçok uyumsuzlığa sebep olduğu görülmektedir⁹². Zira işyeri, coğrafi sınırların dışına çıkmış ve iş organizasyonu boyutuna taşınmış bir kavram olarak ele alındığında, bazı işyerleri bakımından tek işyeri ve dolayısıyla bu

⁹¹ Y9HD, 29.3.2011, 11740/9416. Y9HD, 29.3.2011, 11741/9417, Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası (03.01.2015). Y9HD, 19.10.2010, 28347/29733 Çalışma ve Toplum, 2011/2, N.29, 369-376. Y9HD, 26.04.2011, 15435/12313, Çalışma ve Toplum, 2011/4, N.31, 228-234.

⁹² Doğan Yenisey, 53.

işyerinin teknik amacına aynı iş organizasyonu içinde hizmet eden işyerine bağlı yerlerin mi söz konusu olduğu, dolayısıyla burada sadece asıl iş-yardımcı iş ayrımının mı yapılacağı; yoksa tek bir teknik amacın değil de birden fazla teknik amacın birden fazla işyerini meydana getirdiği, dolayısıyla işyerine bağlı yerden ziyade birbirinden bağımsız işyerleri ve dolayısıyla birbirinden bağımsız işkolu tespitlerinin mi yapılması gerektiği uygulamada sorun yaratmaktadır⁹³. Zira işyerinin veya işyerlerinin bu şekilde tespiti, yukarıda açıklandığı üzere, 6356 sayılı Kanunun uygulanması ve özellikle toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi alınması ile toplu pazarlığın kapsamını ve imzalanacak toplu iş sözleşmesinin türünü belirlemesi açısından önem taşımaktadır⁹⁴.

İşkolunun işyeri esasına göre tespit edilmesini öngören mevzuatımız karşısında, işkolunun ancak işyerinin belirlenmesi halinde tespit edilebileceği, bunun için “işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı yerler” ile “aynı işkolundaki birden fazla işyeri” ile 6356 sayılı Kanun bakımından “işyeri” ve “işletme” kavramlarının birbirinden doğru şekilde ayrılması, bunun gibi “asıl iş-yardımcı iş” ayrımının da doğru yapılması, bu kavramların birbiriyle karıştırılmaması gerektiği açıktır⁹⁵.

a) Tek İşyeri Kavramı ve Asıl İş-Yardımcı İş Ölçütü

aa. Genel Olarak

İşyerinin girdiği işkolu, işyerinde yürütülen asıl işe göre belirlenmektedir. Bu itibarla, işkolu tespitinin yapılacağı yerin tek işyeri olup olmadığının belirlenmesinde ilk olarak incelenmesi gereken husus, işyerindeki asıl iş, yani işyerindeki teknik amaçtır⁹⁶. Ancak mevzuatımızda asıl iş ve yardımcı iş tanımları yapılmamıştır. Bununla

⁹³ Şahlanan, 50-51.

⁹⁴ Şahlanan, 50-51. Canbolat, Değerlendirme 2011, 256-259. Başterzi, 185-197. Doğan Yenisey, 53.

⁹⁵ Doğan Yenisey, 52-58. Aynı yazar, İşyeri, 314-317, 332-349. Şahlanan, 51. Tuncay/Savaş Kutsal, 46-47. Canbolat, 109-114. Aynı yazar, Değerlendirme 2011, 256-272. Başterzi, 185-220.

⁹⁶ Canbolat, Değerlendirme 2011, 264. Başterzi, 185. Doğan Yenisey, 57.

birlikte öğretide kabul edildiği üzere asıl iş, işyerindeki mal veya hizmet üretimi şeklinde tezahür eden teknik amaca göre belirlenmektedir⁹⁷. İşyerinde amaçlanan teknik amacı (mal veya hizmet üretimini) gerçekleştirmek için esaslı ve zorunlu olan faaliyet asıl iş niteliği taşır⁹⁸.

bb. Birden Fazla Teknik Amacın Mevcut Olduğu Durumlarda Tek İşyeri

Bir işyerinde birden fazla asıl iş niteliği taşıyan faaliyetin yürütülmesi, daha doğru bir anlatımla birden fazla teknik amacın mevcut olması mümkündür. Ancak 2821 sayılı Kanunda olduğu gibi, 6356 sayılı Kanunda da işkolu esasına göre sendikal örgütlenme açısından işyerinin tek işkolundan sayılması, dolayısıyla işyerinde tek bir asıl işin esas alınması gerekliliği kabul edilmiştir⁹⁹. Bu itibarla, birden fazla teknik amacın mevcut olduğu işyerleri bakımından, öncelikle söz konusu teknik amaçlar için yapılan yatırımların oranı¹⁰⁰ ile işlerin kurulan iş organizasyonu içindeki ağırlığı ve önemi, ikinci olarak bu teknik amaçları gerçekleştirmek için çalıştırılan işçi sayısı¹⁰¹, üretilen mal veya hizmetlerin birbirlerine oranı dikkate alınarak baskın faaliyete göre asıl iş belirlenmelidir¹⁰². Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, bu yönde bir araştırma yapılabilmesi için, işyerinde birden fazla asıl iş niteliği taşıyabilecek teknik amacın mevcut olması gerekir¹⁰³.

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2013 tarihli bir kararında¹⁰⁴, “somut olayda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişi inceleme evraklarında, ... Şti. 'ne ait adresinde kurulu bulunan sera işyerinde seracılık, çevre düzenlemesi ve Peyzaj işleri yapıldığı,

⁹⁷ Ekonomi, 37. Narmanlıoğlu, 83. Sur, 74. Doğan Yenisey, İşyeri, 315. Aynı yazar, 57. Canbolat, Değerlendirme 2011, 264. Başterzi, 185.

⁹⁸ Ekonomi, 37. Narmanlıoğlu, 83. Sur, 74. Doğan Yenisey, İşyeri, 315. Aynı yazar, 57. Canbolat, Değerlendirme 2011, 264. Başterzi, 185.

⁹⁹ Ekonomi, 34. Sur, 74. Doğan Yenisey, İşyeri, 316-317. Başterzi, 185-186.

¹⁰⁰ Y9HD, 24.05.2005, 16268/19306, İHSGHD, 2005/7, 1247-1248.

¹⁰¹ Y9HD, 10.09.1997, 14318/14568, Doğan Yenisey, 317, dn. 308.

¹⁰² Ekonomi, 48-49. Sur, 74. Doğan Yenisey, İşyeri, 316-317. Aynı yazar, 58. Ayrıca bkz. Tuncay/Savaş Kutsal, 46. Başterzi, 185-186.

¹⁰³ Canbolat, Değerlendirme 2011, 264.

¹⁰⁴ Y9HD, 12.02.2013, 1559/5316, Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası (31.12.2014).

işyerinde ihale yada sipariş ile alınan çevre düzenlemesi işlerinin öncelikle programı daha sonra bu projede kullanılacak yada piyasaya arz edilecek bitkilerin üretimi ve temini, sonrasında ise bitkilerin belirlenen program çerçevesinde ve belirlenen yerlere dikimi ve bakımı işleri yapıldığı, işyerinin 2821 sayılı Sendikalar kanununun 60. maddesi ve işkolları Tüzüğü'nün 01 sıra numaralı 'Tarım ve Ormancılık, Avcılık ve Balıkçılık' işkoluna girdiği tespiti yer almaktadır. Bilirkişiler ise işkolu tespitine konu işyerinde yürütülen işin amacı, yatırım programları ve bu işlere özgülünen araç, gereç ve kaynakların ağırlık noktası ile çalışan işçilerin yapılan işlere göre dağılımı göz önünde bulundurulduğunda; tespiti konu işyerinde yapılan işin, İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı 'İnşaat' işkoluna dahil bulunduğunu belirtilmişler ise de, yapılan inceleme yeterli olmayıp, somut ve ayrıntılı tespitler içermemektedir. Mahkemece tespit konusu işyerinin girebileceği iddia edilen işkolu ile Bakanlık tespit kararındaki işkolu yönünden uzmanlıkları bulunan inşaat mühendisi, ziraat mühendisi ve hukukçu bilirkişilerden oluşan bilirkişi heyeti ile birlikte işyerlerinde keşif yapılarak, işyerinde fiilen yapılan işin/ işlerin neler olduğu, ağırlıklı olarak hangi iş yapıldığı, ihale ile alınan işler, yatırım oranları, üretimde kullanılan girdiler ve oranları, üretilen nihai ürünlerin neler olduğu, işyerinde kaç işçi çalıştığı, hangi işleri yaptıkları, ağırlıklı olarak işçilerin çalıştığı işler ile vs. gibi hususlar somut olarak belirlenip, yukarıda açıklanan esaslar göre yapılacak değerlendirme ile sonuca gidilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır" yönünde karar vermiştir. Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme kararında, bir işyerinde birden fazla teknik amacın mevcut olabileceğini, ancak bu halde işyerinde fiilen yapılan işlerin neler olduğunun, ağırlıklı olarak hangi işin yapıldığının, ihale ile alınan işlerin, yatırım oranlarının, üretimde kullanılan girdilerin ve bunların oranlarının, üretilen nihai ürünlerin, işyerinde kaç işçi çalıştığı, bu işçilerin hangi işleri yaptıklarının, ağırlıklı olarak işçilerin çalıştığı işlerin somut olarak keşif yapılmak suretiyle belirlenmesi gerektiğine, ancak bu şekilde işyerindeki asıl işin belirlenebileceğine haklı olarak karar vermiştir.

Bunun gibi Yüksek Mahkeme, 2012 tarihli bir kararında¹⁰⁵ da “somut olayda, yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda inceleme yapılmadan, işyerinde yapılan mobilya üretimi işinde imalatatta kullanılan girdilerin neler olduğu, bunların %’de kaç oranında kullanıldığı, kullanılan mamullerden imalatı işyerinde yapılan olup olmadığı, nihai ürün olarak imalatı yapılan mobilyaların neler olduğu, üretim aşamaları da açıklanacak şekilde somut olarak belirlenmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalıdır” ifadelerine yer vererek, mobilya üretimi yapılan bir işyerinin, İş Kolları Tüzüğü’nün 8 numaralı “ağaç” işkoluna girdiğine yönelik Bakanlık tespitine karşı açılan davada, NACE Rev.2 listesinde belirlenen alt düzeydeki sınıflandırmalarda esas alınan “üretilen mal veya hizmetin niteliği”, “ürünlerin ve hizmetlerin kullanım alanları” ile “üretim girdileri, üretim süreci ve teknolojisi” kıstaslarının somut olarak ortaya konarak karar verilmesi gerektiğine haklı olarak işaret etmiştir¹⁰⁶.

cc. Asıl İş-Yardımcı İş Ölçütü

Yukarıda da ifade edildiği üzere öğretilde asıl iş, işyerinde amaçlanan teknik amacı (mal veya hizmet üretimini) gerçekleştirmek için esaslı ve zorunlu olan faaliyet¹⁰⁷. Buna karşılık, yardımcı iş, işyerindeki teknik amacı gerçekleştirmek için o işyerinde yürütülen asıl iş dışında kalan bütün işlerdir¹⁰⁸. Bu itibarla bir işin yardımcı iş sayılabilmesi için, yapılmaması halinde asıl işi sekteye uğratması ve asıl işi tamamlaması zorunlu değildir¹⁰⁹; sadece o işyerinde yapılması yeterlidir¹¹⁰. Nitekim Yüksek Mahkeme de, ilke kararı şeklinde tezahür eden kararlarında bu ifadeye özellikle yer vermekte ve bu hususu “İşyeri organizasyonu

¹⁰⁵ Y9HD, 15.05.2012, 15427/17221, Başterzi, 187.

¹⁰⁶ Başterzi, 187.

¹⁰⁷ Ekonomi, 37. Narmanlıoğlu, 83. Sur, 74. Doğan Yenisey, İşyeri, 315. Aynı yazar, 57. Canbolat, Değerlendirme 2011, 264. Başterzi, 185.

¹⁰⁸ Ekonomi, 37, 41-42. Tuncay/Savaş Kutsal, 46. Sur, 74. Doğan Yenisey, İşyeri, 315. Aynı yazar, 57. Başterzi, 185.

¹⁰⁹ Ekonomi, 41-42. Narmanlıoğlu, 83-84. Sur, 74. Tuncay/Savaş Kutsal, 46-47. Doğan Yenisey, İşyeri, 315-316. Aynı yazar, 57. Krşz. Başterzi, 185.

¹¹⁰ Sur, 74.

içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir” ifadesine yer vererek ortaya koymaktadır¹¹¹. Bununla birlikte, asıl işe yardımcı olsa dahi iş, başka bir işyeri (iş organizasyonu) oluşturularak yürütülüyorsa artık ayrı bir işyerinden, ayrı bir asıl işten ve dolayısıyla ayrı bir işkolundan söz edilmelidir¹¹².

Nitekim bu nedenle hukuka uygun bir alt işveren ilişkisinde alt işveren, asıl işverene ait işyerinde faaliyet yürütmekle birlikte ayrı bir iş organizasyonu oluşturduğundan, alt işveren işçileri bakımından ayrı bir işyeri nitelendirmesi yapılarak alt işverenin işyeri bakımından asıl iş-yardımcı iş ayrımı asıl işverenin faaliyetinden bağımsız olarak yapılmalıdır¹¹³. Bu nedenle asıl işverene ait işyerindeki yardımcı işlerin alt işverene verilmesi halinde, asıl iş-yardımcı iş ayrımı yapılmaksızın alt işverenin iş organizasyonu ayrı bir işyeri olarak değerlendirilmelidir¹¹⁴. Nitekim Yüksek Mahkeme de “*Alt işverenin işkolu tespiti asıl işverenden ayrı olarak yapılmalıdır. Alt işverene ait işyerinde yapılan işlerin, asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesi de doğru olmaz*” ifadelerine yer vererek alt işverenin işyerinin işkolu tespitinde bağımsız olarak esas alınması gerektiğine karar vermiştir¹¹⁵.

Bunun gibi, asıl iş-yardımcı iş ayrımı, tek bir işyerindeki işkolu tespiti bakımından söz konusu olur. Bir işletmeye bağlı birbirinden bağımsız işyerlerinden birinin asıl iş, diğerlerinin ise yardımcı iş olduğundan söz edilerek işkolu tespiti yapılması hukuka aykırı olduğu

¹¹¹ Y9HD, 29.03.2011, 11741/9417; Y9HD, 26.04.2011, 15435/12313; YHGK, 18.05.2011, 9-347/311, Kazancı Hukuk İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası (31.12.2014).

¹¹² Şahlanan, Sendikalar Hukuku, 29. Sur, 74. Tuncay/Savaş Kutsal, 46. Doğan Yenisey, 316.

¹¹³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 508. Tuncay/Savaş Kutsal, 46. Nitekim bu yönde, Y9HD, 26.04.2011, 15435/12313, Bu karara ilişkin inceleme için bkz. Şahlanan, Tekstil İşv. Kasım 2011, ek, 2-7. Bu yönde, Y9HD, 26.04.2011, 15435/12313, Çalışma ve Toplum, 2011/4, N.31, 228-234. Y9HD, 13.02.2014, 2891/4472, İHSGHD, 2014/41, 164.

¹¹⁴ Canbolat, Değerlendirme 2011, 266.

¹¹⁵ Y9HD, 26.04.2011, 15435/12313, Şahlanan, Tekstil İşv. Kasım 2011, ek, 2-7.

gibi¹¹⁶, tek bir işyerinin de bölümlere ayrılarak birden çok asıl iş barındırdığı gerekçesiyle birden fazla işkolu tespitine esas alınması kanuna açıkça aykırı olacaktır. Nitekim bu nedenle öğretide Yargıtayın¹¹⁷ Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün 5286 sayılı Kanunla ortadan kaldırılarak taşra teşkilatının İstanbul ve Kocaeli dışında malvarlığı ve personeliyle birlikte il özel idarelerine devrinden sonra il özel idarelerinin girdiği işkolunun tespitinde parçalı işkolu tespiti yapması eleştiri konusu olmuştur¹¹⁸.

Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, 6356 sayılı Kanun, işkolu tespitinde işyerini esas alır. Bu itibarla işyerinin belirlenmesinde ve uyumsuzluk konusu yer bakımından birden fazla yer olup olmadığının tespitinde 4857 sayılı İş Kanununda yer alan işyeri tanımından hareket edilmelidir¹¹⁹. Diğer bir anlatımla, işkolu belirlenirken, mal veya hizmet üretmeye yönelik teknik amaç doğrultusunda örgütlenmiş iş organizasyonunun esas alınması gerekir. İl özel idarelerinin ise, anılan kararlarda olduğu gibi, daire başkanlıkları düzeyinde birbirlerinden ayrılarak farklı işyerleri, dolayısıyla farklı teknik amaçlar doğrultusunda örgütlenmiş iş organizasyonları olarak nitelendirilmesi hem 4857 sayılı İş Kanununa hem de 6356 sayılı (o dönemde 2821 sayılı) Kanuna aykırılık teşkil etmektedir¹²⁰. Bu itibarla il özel idarelerinin tek işyeri olarak değerlendirilmesi, dolayısıyla il özel idarelerinin teknik amacı belirlenerek

¹¹⁶Ekonomi, 41-43. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 507-508. Narmanlioğlu, 88-89. Tuncay/Savaş Kutsal, 46. Doğan Yenisey, İşyeri, 316. Aynı yazar, 57. Yargıtayın 1990 yılı öncesinde verdiği ve öğretide haklı olarak eleştirilen bağımsız işyerleri arasında asıl iş-yardımcı iş ayrımı yaparak bu işyerlerini tek işyeri kabul eden kararları için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 507-508 ve dn.14-20.

¹¹⁷Y22HD, 11.10.2012, 23022/21825; Y9HD, 02.11.2010, 37415/31409; Y9HD, 02.11.2010, 34471/31408, Başterzi, 188, 196. Y9HD, 29.03.2011, 11741/9417, Canbolat, Değerlendirme 2011, 259, dn. 4. Y9HD, 24.05.2011, 21622/15363, Çalışma ve Toplum, 2012/1, N.32, 360-367.

¹¹⁸Doğan Yenisey, 56. Farklı gerekçeler ve işkolunun tespiti bakımından farklı sonuçlara ulaşılmasına rağmen her iki yazar da, il özel idarelerinin tek işyeri olarak dikkate alınması gerektiğine ve bu nedenle parçalı işkolu tespitinin yapılamayacağına haklı olarak işaret etmişlerdir, Canbolat, Değerlendirme 2011, 260-265. Başterzi, 192-197.

¹¹⁹Doğan Yenisey, 51-57.

¹²⁰Doğan Yenisey, 56. Canbolat, Değerlendirme 2011, 260-265. Başterzi, 192-197.

buna göre işkolu tespiti yapılması hukuka uygun olacaktır. Nitekim Yargıtay 2012 tarihli kararlarında parçalı işkolu tespiti kararlarından dönmüş ve il özel idarelerinin tek işyeri şeklinde dikkate alınarak işkolu tespiti yapılmasını karara bağlamıştır¹²¹. Ancak bu halde de il özel idarelerinin teknik amacının, dolayısıyla girdiği işkolunun belirlenmesinde öğretide farklı görüşler ileri sürmüştür. Zira bir görüşe göre, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatının il özel idarelerine devriyle birlikte il özel idarelerinin işlerinin ve yatırımlarının %90'ını inşaat işi oluşturur hale gelmiş, çalıştırılan işçilerin de büyük kısmı bu işlerde görev almıştır. Bu nedenle il özel idarelerinin asıl işi inşaat niteliği taşımaya başlamış, bunun dışındaki işleri inşaat işlerine yardımcı iş niteliği kazanmış, il özel idarelerindeki asıl teknik amaç inşaat işi halini almıştır. Bu nedenle il özel idarelerinin “inşaat” işkolunda sayılması gerekir¹²².

Buna karşılık, öğretideki diğer görüşe göre, işkolu tespitinde asıl olan, işyerinde güdülen teknik amaçtır. Bu nedenle teknik amacın, yapılan yatırımlardan ve işçilerin hangi işlerde ağırlıklı olarak görevlendirildiğinden önce dikkate alınması gerekir. Bu itibarla il özel idarelerinin teknik amacının inşaat olmadığı açıktır. Zira il özel idarelerinin görev ve yetki alanları kanunla belirlenmektedir ve kanundaki düzenlemelerden il özel idarelerinin inşaat amacına özgülendiğine ilişkin bir sonuç çıkmamaktadır. Bu itibarla il özel idarelerinin teknik amacı doğrultusunda, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatının il özel idarelerine devrinden önce olduğu gibi, “ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar” işolunda kabul edilmesi gerekir¹²³.

b) İşyerine Bağlı Yerler ile Birden Fazla İşyeri Ayrımı

İşkolunun belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıklar çoğunlukla, dava konusu yerin tek bir işyerinden (fiilen işin yapıldığı yer-işyerine bağlı yer) mi yoksa birden fazla işyerinden mi oluştuğu noktasında toplanmaktadır.

¹²¹ Y9HD, 24.01.2012, 511/1601; Y9HD, 24.01.2012, 441/1602, Başterzi, 196.

¹²² Başterzi, 192-196.

¹²³ Canbolat, Değerlendirme 2011, 264.

Zira uyumsuzluk konusu yerin tek işyeri sayılması durumunda, asıl iş-yardımcı iş ayrımı yapılmakta ve asıl iş dışında kalan tüm işler asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılmaktadır. Buna karşılık, uyumsuzluk konusu yerin birden fazla işyeri teşkil ettiği sonucuna varıldığında, bu işyerleri ayrı ayrı işkolu tespitine tabi tutulmakta ve işkolu tespitinin sonucuna göre yetki kurallarından hangisinin uygulanacağı ve imzalanabilecek toplu iş sözleşmesi türleri belirlenmektedir¹²⁴. Bu itibarla, işkolu tespiti yapılacak yerin, tek bir teknik amaç doğrultusunda örgütlenmiş tek bir iş organizasyonu ve dolayısıyla ihtilaflı birimlerin de işyerine bağlı yerler olarak mı nitelendirileceği yoksa ihtilaflı yerlerin bağlı yer niteliği taşımaksızın kendi teknik amacını gerçekleştirmek üzere oluşturulmuş bağımsız iş organizasyonu, yani işyeri olarak mı nitelendirilmesi gerektiği çözümlenmesi gereken bir sorundur.

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesindeki işyeri tanımı dikkate alındığında, işyerine bağlı yerlerin belirlenmesinde üç temel unsurun varlığı aranmaktadır. Bunların başında, hukuki bağlılık gelmektedir. Buna göre, bir yerin “bağlı yer” olarak nitelendirilebilmesi için asıl işin yapıldığı yer ile aynı işverene ait olmaları gereklidir. Bunun için hem söz konusu yerlerin aynı işverene ait olması hem de aynı işveren tarafından yönetilmeleri zorunludur. Ancak bu şekilde hukuki bağlılık sağlanmış olur¹²⁵.

Bir yerin işyerine bağlı yer olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan ikinci unsur, teknik amaçtaki birliktir. Zira aynı işverene ait birden fazla işyerinin her birinin farklı teknik amaç doğrultusunda örgütlenmesi halinde her birinin ayrı bir iş organizasyonu, dolayısıyla ayrı bir işyeri niteliği taşıyacağı açıktır. Bunun gibi, aynı işverene ait işyerlerinde aynı teknik amaç mevcut olmakla birlikte, bu amacın gerçekleşmesinde söz konusu yerler arasında bir organizasyon kurulmamış ise, diğer bir anlatımla her bir birim diğerinden bağımsız bir iş organizasyonu ise, bu

¹²⁴ Canbolat, 96-124. Şahlanan, 50-51. Doğan Yenisey, 53.

¹²⁵ Doğan Yenisey, 53-54.

birimleri yine ayrı işyeri olarak nitelendirmek gerekir¹²⁶. Zira bu halde aynı teknik amaca yönelmiş farklı iki iş organizasyonundan söz edilmelidir. Buna karşılık, aynı işverene ait birden fazla birimin faaliyeti, aynı teknik amaca yönelmiş ve bu faaliyetler söz konusu teknik amacı gerçekleştirmek amacıyla tek bir iş organizasyonu oluşturuyorlarsa, bu halde söz konusu birimlerin tek bir işyeri sayılması ve asıl işin yapıldığı yer dışında kalan birimlerin işyerine bağlı yer olarak nitelendirilmesi gerekecektir¹²⁷.

Bu son unsur, öğretilerde yönetimde birlik olarak nitelendirilmektedir¹²⁸. Zira uyumsuzluk konusu birimlerdeki mal veya hizmet üretiminin tek elden yönetilmesi, bağımsız tek bir iş organizasyonu niteliği taşıması gerekir. Aksi halde, her bir birimin bağımsız işyeri olduğu kabul edilecektir. Yönetimde birliğin tespiti her zaman kolay olmamakla¹²⁹ birlikte kanımızca bu unsurun belirlenmesinde bir iş organizasyonu içinde örgütlenip örgütlenmeme kıstası dikkate alınmalıdır. Zira teknik amacı aynı olan birimler aynı işverene ait olmakla birlikte, her biri aynı teknik amacı diğerinden bağımsız olarak gerçekleştiriyorsa, birinin diğerine herhangi bir katkısı bulunmuyorsa, söz konusu birimlerin bağımsız işyeri olarak nitelendirilmesi uygun olacaktır. Bununla birlikte öğretilerde, “bağlı yer” ile “birden fazla birbirinden bağımsız işyeri” ayrımının yapılmasında, somut normun koruma amacı teorisinden de yararlanılması gerektiği ileri sürülmektedir. Zira işkolu esasına dayalı sendikal örgütlenmede amaç, günlük çalışma koşulları ve maruz kaldıkları riskler açısından birbirleriyle menfaat birliği bulunan işçiler arasında dayanışma sağlanmasıdır. Bu nedenle bir yerin bağlı yer mi yoksa bağımsız bir işyeri mi olduğunun tespitinde, ayrıca uyumsuzluk konusu birimlerde istihdam edilen işçiler arasında ortak menfaat bulunup bulunmadığının dikkate alınması gerekir. Aksi halde, birbiriyle aynı

¹²⁶ Ekonomi, İş Hukuku, 60. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 41.

¹²⁷ Ekonomi, İş Hukuku, 60. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 76-77. Süzek, 176-178. Doğan Yenisey, İşyeri, 27. Aynı yazar, 54.

¹²⁸ Doğan Yenisey, İşyeri, 29. Aynı yazar, 54-57.

¹²⁹ Doğan Yenisey, 56-57.

çalışma koşullarına tabi olmayan ve aynı risklere maruz kalmayan işçilerin aynı işkolunda ve hatta fiilen çalışmadıkları işkolundaki sendikaya üye olmaları ve bu sendikal örgütlenmeden fayda sağlayamamaları söz konusu olur ki, bu sonucun 6356 sayılı Kanunun amacına ve işkolu esasına dayalı sendikal örgütlenmeyi düzenleyen normların koruma amacına aykırı düştüğü kabul edilmelidir¹³⁰.

Yargıtay, kararlarına konu olan uyuşmazlıklarda, bir yerin işyerine bağlı yer niteliği taşıyıp taşımadığını belirlerken yukarıda açıklanan ölçütlerden hareket etmekte ve buna göre işyerine bağlı yer mi yoksa bağımsız işyerinin mi söz konusu olduğuna karar vermektedir. Kararları incelendiğinde Yüksek Mahkemenin, söz konusu ölçütleri değerlendirirken coğrafi uzaklığı yönetimde birliği engellemediği sürece dikkate almadığı ve tek bir iş organizasyonu altında teknik amaca yönelik çalışma yapılıp yapılmadığını değerlendirdiği görülmektedir. Zira Yüksek Mahkeme açısından önemli olan, coğrafi uzaklığın yönetimde birliği engelleyecek boyutlara varıp varmadığıdır. Nitekim Yüksek Mahkeme, ilke kararlarında *“Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için ayn arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsa dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasızdır”* ifadelerine yer vermek suretiyle bu yöndeki görüşünü açıkça ortaya koymuştur¹³¹.

Nitekim bu gerekçelerle Yüksek Mahkeme, irtibat büroları ve fabrika merkezlerinin fabrikada yürütülen asıl işin girdiği işkolundan sayılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir¹³². Yargıtaya göre, irtibat bürolarında yürütülen satış ve pazarlama faaliyetleri her ne kadar coğrafi bakımından fabrikadan uzak yerlerde bulunsa da, aynı yönetim altında örgütlenmeleri şartıyla aynı teknik amacı gerçekleştirmek üzere örgütlendiklerinden, fabrikaya bağlı yer kabul edilmekte ve fabrikanın

¹³⁰ Doğan Yenisey, İşyeri, 370-371. Doğan Yenisey, 56-57. Yıldız, 139.

¹³¹ Y9HD, 26.04.2011, 15435/12313, Çalışma ve Toplum, 2011/4, N.31, 228-234. Y9HD, 24.05.2011, 21622/15363, Çalışma ve Toplum, 2012/1, N.32, 360-367.

¹³² Doğan Yenisey, 55.

girdiği işkolundan sayılmaktadır¹³³. Nitekim Yüksek Mahkeme ilke kararı olarak benimsediği bu sonucu bütün kararlarında “*Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu ‘yerin’ dışına taşmış, özellikle “işveren kurulan iş organizasyonu” içerisinde işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimi duyulmuştur. Bu bağlamda 2.maddede ‘iş yeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür’ hükmü getirilmiştir*” ifadelerine yer vermek suretiyle açıkça ortaya koymaktadır¹³⁴.

Bunun gibi Yüksek Mahkeme, aynı yönetim altında ve tek bir teknik amacın gerçekleşmesi için örgütlenen fabrikalar ile coğrafi açıdan farklı yerdeki idari merkezin tek işyeri olduğuna karar vermektedir¹³⁵. Nitekim Yargıtay 2010 tarihli bir kararında¹³⁶, “*İşkolu tespitinin sonucuna göre, örneğin işyerlerinden fabrika işyerinde üretim yapılmakta, pazarlama ve idari birimlerinin bulunduğu işyerinde ise fabrikada çalışan işçiler ve üretilen ürünler ile ilgili muhasebe ve büro işleri görülmekte ise, bu durumda şirket merkezi ile fabrika işyerinde yapılan işlerin aynı işkolunda kurulu ayrı işyerleri olmayıp nitelik itibarıyla birbirini tamamlayan işler olacağından, dolayısıyla merkez işyerinde yapılan işler yardımcı iş niteliğinde olup asıl işin olan fabrika işyerinin girdiği işkolunda sayılması gerekeceğinden, 2822 s. yasanın 3/2 fıkrasında belirtilen aynı işkolunda birden çok işyerine sahip olma koşulu gerçekleşmemiş olacaktır. Dolayısıyla her iki işyerinin işletme kapsamı*

¹³³ Y9HD, 25.02.1999, 3231/3568; Y9HD, 19.07.2005, 22413/26464, Doğan Yenisey, 55 ve dn. 11.

¹³⁴ Y9HD, 19.10.2010, 28347/29733 Çalışma ve Toplum, 2011/2, N.29, 369-376.

¹³⁵ Y9HD, 02.03.2010, 7567/5638, Yıldız, 132-135. Y9HD, 19.10.2010, 28347/29733, Çalışma ve Toplum, 2011/2, N.29, 369-376. Y7HD, 12.04.2013, 8992/6394 (yayınlanmamış karar).

¹³⁶ Y9HD, 19.10.2010, 28347/29733, Çalışma ve Toplum, 2011/2, N.29, 369-376.

içinde düşünülmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda yetkili mahkeme işyerine göre belirlenmesi gerekecektir” ifadelerine yer vermek suretiyle fabrika ve idari merkez birimlerinin tek bir işyeri niteliği taşıyıp taşımadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir. Bu kararında Yüksek Mahkeme, “*Toplu İş Hukuku anlamında işyerinin işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerini sürdürebileceği bir sürekliliğe sahip ve işverende asıl işin girdiği iş kolunda sendikal muhatap yaratacak bir birim olması gerekmektedir. Alman ve Fransız Hukukunda işyerinin neresi olduğu ve sınırlarının belirlenmesi sosyal tarafların özerkliğine terk edilmiştir. Oysa hukukumuzda işyeri mutlak ve tartışmasız olarak kabul edilmektedir”* ifadelerine yer vererek yukarıda açıklanan normun koruma amacı teorisiyle ulaşılmaması önerilen değerlendirmeyi yapmıştır.

Kanımızca Yüksek Mahkemenin irtibat büroları ve fabrikaların idari merkezlerine ilişkin yapmış olduğu değerlendirmeler, 4857 sayılı Kanunun ve dolayısıyla 6356 sayılı Kanunun benimsediği işyeri tanımına uygundur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki Yargıtay, bu değerlendirmeleri yaparken coğrafi sınırı neredeyse hiç dikkate almamakta, yukarıda açıkladığımız somut normun koruma amacına aykırı düşecek şekilde kararlar da vermektedir¹³⁷.

Bununla birlikte Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 2012 tarihli bir kararında¹³⁸ bu değerlendirmeleri ayrıntılı şekilde yapan ilk derece mahkemesinin kararını bazı şekli düzeltmeler yapmak suretiyle kanımızca isabetli olarak onamıştır. Karara konu olan olaydan, müdahil sendikanın davacı şirkete ait işyerlerinden bir ilin (X) ilçesinde bulunan kesimhane ile (Y) ilçesinde bulunan yem fabrikası için davalı Bakanlıktan yetki tespiti talebinde bulunduğu, bunun üzerine Bakanlık tarafından anılan işyerlerinde 117 işçinin çalıştığı, bunlardan 92’sinin müdahil sendikaya üye olduğu yönünde karar verildiği, bu karara karşı davacı şirketin iş mahkemesinde itirazda bulunduğu; davacı şirkete ait diğer işyerlerinde de

¹³⁷ Y9HD, 02.03.2010, 7567/5638, Yıldız, 132-135, 139.

¹³⁸ Y7HD, 12.04.2013, 8992/6394 (yayınlanmamış karar).

tespit yapılması gerektiği yönündeki davacı itirazı üzerine diğer bir iş mahkemesinin davalı Bakanlığın davacı şirkete ait diğer işyerlerinde işkolu tespiti yapması gerektiği yönündeki kararı uyarınca Bakanlık tarafından inceleme yapıldığı ve bunun sonucunda karara konu olan uyuşmazlığı oluşturan 2010 tarihli işkolu tespit kararının Resmi Gazete yayımlandığı anlaşılmaktadır. Anılan karara karşı davacı şirketin itirazda bulunması üzerine karara konu olan işkolu tespiti bekletici mesele yapılmıştır. Uyuşmazlık konusu davalı Bakanlığa ait 2010 tarihli işkolu tespit kararında, davacı şirkete ait söz konusu ilin başka bir ilçesinde (Z) adresinde bulunan yönetim merkezi işyerinin 17 sıra numaralı “ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar” işkolunda; aynı ilin başka bir iline ait bir köyde (A) bulunan broiler ar-ge kümesleri tesisinin, yine aynı ilin başka bir köyünde (B) bulunan damızlık yumurta üretimi yapılan ünitelerinin, başka bir köyünde (C) bulunan damızlık büyütme tesisinin, başka bir köyünde (D) bulunan kuluçkahanenin 01 sıra numaralı “tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık” işkolunda; söz konusu ilin (X) ilçesinde bulunan kesimhane işyeri ile (Y) ilçesinde bulunan yem fabrikasının 04 sıra numaralı “gıda sanayi” işkolunda yer aldığı belirtilmiştir.

İlk derece mahkemesi, davayı kabul ederek Bakanlık tarafından yapılan işkolu tespitinin iptal edilmesine ve davacı şirkete ait bütün işyerlerinin tek bir iş organizasyonu oluşturması sebebiyle tek işyeri sayılmasına “*Davacının’de merkez ofisinin bulunduğu ve tüm tesisler birlikte incelendiğinde beyaz et üretiminin yapılıp, bunun için tesisler kurulduğu, kuluçkahane dahil kesime yönelik tavuk yetiştirildiği, bunların kesimlerinin yapılıp pazarlandığı ve iş organizasyonunun beyaz etin üretim, satım ve pazarlanması amacıyla örgütlendiği, her bir iş yerinin ayrı ayrı örneğin kuluçkahanenin, kesimhanenin tek başına bu işleri bağımsız olarak yapabileceği düşünülse bile organizasyon bütünü içerisinde her bir işyerinin ayrı faaliyet göstermediği, organizasyonun amacına hizmet eden birimler olduğu anlaşılmış, bu nedenle de Bakanlığın tespit kararının iptali ile dava konusu iş yerlerinin iş kolları tüzüğü’nün 04 sıra numarasında belirtilen gıda sanayi iş koluna girdiği*

kanaatine varılarak davanın kabulüne dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur” ifadeleriyle karar vermiştir¹³⁹.

Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını 19.12.2012 tarihli İşkolları Yönetmeliği yerine mülga İşkolları Tüzüğüne göre belirleme yapılması ve Bakanlığın işkolu tespit kararının iptal edildiği belirtilmeksizin karara bağlanması nedeniyle düzelterek onamıştır¹⁴⁰. Karara konu olan uyuşmazlık, söz konusu işyerlerinin tek bir iş organizasyonu, dolayısıyla tek bir işyeri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında toplanmıştır. Davacı şirkete ait üretim birimlerinin, söz konusu ilin (X) ilçesinde 97 erkek ve 43 kadın işçinin çalıştığı kesimhane, (Y) ilçesinde 20 erkek ve 1 kadın işçinin çalıştığı yem fabrikası, (A) köyünde broiler-arge kümesleri, (B) köyünde 21 erkek işçinin çalıştığı damızlık yumurta üretim tesisi ile 19 erkek işçinin çalıştığı (D) köyünde damızlık yumurta üretim tesisi, (C) köyünde 13 erkek ve 2 kadın işçinin çalıştığı kuluçkahane ve 23 erkek ve 5 kadın işçinin çalıştığı aynı ilde merkez işyerinden oluştuğu anlaşılan uyuşmazlık konusu olayda, kanımızca ilk derece mahkemesinin ve Yüksek Mahkemenin tek işyeri tespiti isabetlidir.

Zira uyuşmazlık konusu işyerleri arasında teknik amaçta birlik ve yönetimde birliğin sağlandığı, tüm işyerlerinin şirketin merkez bürosundan yönetildiği ve üretim birimlerinin de bağımsız birer iş organizasyonu teşkil etmeksizin, her birinin beyaz et üretimi teknik amacına yönelik faaliyetin bir kısmını üstlendiği, birinde üretilenin diğerinde girdi olarak kullanıldığı, bir üretim birimindeki ürünlerin dışarıya satışının dahi yapılmadığı dikkate alındığında, bütün birimleriyle işverenin beyaz et üretimi teknik amacını gerçekleştirmeyi hedefleyen tek bir iş organizasyonu oluşturduğu ve bunun yönetimini de merkez bürodan sağladığı, dolayısıyla merkez büro da dahil olmak üzere bütün birimlerin tek iş organizasyonu, dolayısıyla tek işyeri olarak değerlendirilerek işkolunun belirlenmesi gerektiği yönündeki kararın isabetli olduğu

¹³⁹Ankara 8. İş Mahkemesinin 27.12.2012 tarih ve 2010/812 E. ve 2012/1133 K. sayılı kararı (yayınlanmamış karar).

¹⁴⁰Y7HD, 12.04.2013, 8992/6394 (yayınlanmamış karar).

düşüncesindeyiz. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, aynı teknik amacı gerçekleştirmek amacıyla oluşturulan birimlerin aynı yönetim altında olduğunun kabul edilebilmesi için, her somut durumun şartlarının kendi içinde değerlendirilmesi ve coğrafi uzaklığın yönetimde birliği engellediği veya söz konusu birimlerde istihdam edilen işçilerin çalışma koşullarına ilişkin ortak menfaatlerinin ve maruz kaldıkları risklerin birbirinden tamamen farklı olduğu durumlarda bu hususların da dikkate alınarak işyeri ve işkolu tespiti yapılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- AKTAY, A. Nizamettin-ARICI, Kadir-SENYEN KAPLAN, Emine.** (2012). İş Hukuku, B.5. Ankara: Gazi Kitabevi.
- ALPAGUT, Gülsevil.** (2013). 6356 Sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3) Semineri, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, s.113-147.
- BAŞTERZİ, Süleyman.** (2014). Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2012, Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği-Kamu-İş Yayını, s.179-345.
- CANBOLAT, Talat.** (2013). 6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.

- CANBOLAT, Talat.** (2013). Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2011, Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği-Kamu-İş Yayını, s.255-325 (Değerlendirme 2011).
- ÇELİK, Nuri.** (1979). İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku 1, Sendikalar, B.2, İstanbul: Sermet Matbaası.
- ÇELİK, Nuri.** (2013). İş Hukuku Dersleri, B.26, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş (İş Hukuku).
- ÇELİK, Nuri-CANİKLİOĞLU, Nurşen-CANBOLAT, Talat.** (2014). İş Hukuku Dersleri, B.27, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- DEMİR, Fevzi.** (2013). En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması. İzmir: Albi Yayınları.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra.** (2013). Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2013, S.4, N.39, İstanbul: Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, s.43-68.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra.** (2007). İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme, İstanbul: Legal Yayıncılık (İşyeri).
- EKONOMİ, Münir.** (1991). İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi, İş Hukuku Dergisi, C.I. S.1. s.31-49.
- EKONOMİ, Münir.** (1987). İş Hukuku, C.I. İstanbul: İTÜ Yayınları (İş Hukuku).

- ENGİN, Murat.** (2013). 6356 Sayılı Yasa’da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2013, S.4, N.39, İstanbul: Birleşik Metal İş Yayıını, s.145-166.
- ESENER, Turhan-BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz.** (2014). Sendika Hukuku İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- EYRENCİ, Öner-TAŞKENT, Savaş-ULUCAN, Devrim.** (2014). Bireysel İş Hukuku, B.5, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- GÜLMEZ, Mesut.** (2013). Ulusalüstü Sözleşmelerin Doğrudan Uygulanması Sorunu: Çelişen İki Yargıtay Kararı, İş Hukuku Öğretisi ve Bir Öneri, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2013, S.3, N.38, İstanbul: Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, s.13-55.
- GÜLMEZ, Mesut.** (2006). Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu, Ankara: Belediye-İş Yayınları (Uyum).
- KUTAL, Metin.** (2013). 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Yorumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş. s.400-404.
- KUTAL, Metin.** (2015). “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi” Yasasının Kimi Hükümlerinin İptali İstemi ile Anayasa Mahkemesine Açılan Davaya İlişkin Notlar, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2015, S.1, N.44, İstanbul: Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, s.13-27 (İptal Davası).

- NARMANLIOĞLU, Ünal.** (2013). İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, B.2, İstanbul: Beta Yayınları.
- ÖZVERİ, Murat.** (2012). Sendikal Haklar, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası, İstanbul: Birleşik Metal İş Yayını.
- SUR, Melda.** (2009). İş Hukuku Toplu İlişkiler, B.3, Ankara: Turhan Kitabevi.
- SUR, Melda.** (2013). 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2013, S.4, N.39, İstanbul: Birleşik Metal İş Yayını, s.323-362 (Uluslararası Normlar).
- SÜMER, Halûk Hâdi.** (2014). İş Hukuku, B.19, Konya: Mimoza Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti.
- SÜZEK, Sarper.** (2014). İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku, B.10, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- ŞAHLANAN, Fevzi.** (2013). 6356 Sayılı Kanuna Göre Yetki Prosedürü ve Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması, Geçiş Hükümleri, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bilgilendirme Semineri, 14.02.2013, İzmir, Ankara: TİSK Yayını, s.49-61.
- ŞAHLANAN, Fevzi.** (2013). 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2013, S.4, N.39, İstanbul: Birleşik Metal İş Yayını, s.111-144 (6356 Sayılı Kanun).

- ŞAHLANAN, Fevzi.** (2013). 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş. s.366-399 (Akademik Forum).
- ŞAHLANAN, Fevzi.** (2013). 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, s.13-50 (Sendikalara İlişkin Hükümler).
- ŞAHLANAN, Fevzi.** (1995). Sendikalar Hukuku, İstanbul: Yılmaz Ajans Matbaacılık. (Sendikalar Hukuku).
- ŞAHLANAN, Fevzi.** (1992). Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul: Banksis Yayınları (Toplu İş Sözleşmesi).
- TUNCAY, Can-SAVAŞ KUTSAL, Burcu.** (2015). Toplu İş Hukuku, B.4, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- TUNÇOMAĞ, Kenan-CENTEL, Tankut.** (2013). İş Hukukunun Esasları, B.6, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- YILDIZ, Gaye Burcu.**(2010). Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, S.20, İstanbul: MESS Yayını, s. 132-140.

ROMA HUKUKUNDA İSTİSNA HALİNİN PARADİGMATİK BİÇİMİ IUSTITIUM KURUMU

Yrd. Doç. Dr. Eşref Küçük*
Doç. Dr. Abdurrahman Saygılı**

Özet

Eski Roma'nın hukuki kurumlarından biri olan iustitium, ortaya çıktığı cumhuriyet döneminde hukukun askıya alınmasını ifade eder. Rejimin tehlikeye girmesi halinde, senatonun aldığı senatus consultum ultimum'a göre ilan ettiği iustitium halinde, genelde consul'lerden birine verilen dictator'luk imperium'u ile devletin bu tehlikeden kurtarılması sağlanır. Bu çerçevede gerçekleşen işlem, eylem ve kararlar hukukun ötesinde kabul edildiğinden, yargılama da dahil her türlü devlet faaliyeti askıya alınmıştır.

İmparatorluk döneminde iustitium, cumhuriyetteki anlamını yitirir; imparator ya da ailesinden birinin ölümü halinde devlet organların faaliyetlerine ara verdikleri kamusal matem halini alır.

Ortaçağın sona ermesiyle uyanan Roma hukukuyla birlikte tekrar canlanan kurumlardan biri olarak iustitium, modern devlet teorileri arasında istisna hali adıyla tekrar yer bulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Iustitium, İstisna hali, Olağanüstü hal, Senatus consultum ultimum, Diktatörlük, Roma cumhuriyet dönemi.

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuk ABD

Iustitium Institution of Roman Law as Paradigmatic Form of State of Exception

Abstract

Iustitium as a legal institution of ancient Rome means the suspension of the law in the period of Roman Republic. In case of chaos, according to *senatus consultum ultimum*, which is taken by the senate, iustitium is declared; one of the consules is appointed as a dictator and he defends the Republic. All state functions are suspended as transactions, actions and decisions occurred in this circumstances are accepted beyond the law.

In the period of Imperium, iustitium loses its meaning in the term of Republic; when the emperor or one of his family dies, public mourning is wailed and state functions are suspended.

Iustitium which is one of the reanimated institutions of wakening Roman law with the ending of Middle Age, took its place among modern state theories in the name of state of exception.

Keywords: Iustitium, State of exception, State of emergency, *Senatus consultum ultimum*, Dictatorship, Period of the Roman Republic.

Giriş

Iustitium, kadim Roma'dan günümüze dek gelen ve yaşlı bir kurum olmakla birlikte doktrinde üzerine hala oldukça fazla kelimeler edilmekte olan; hukuk ile siyasetin iç içe geçtiği bir kurumdur. Hukukçuların ve siyaset bilimcilerin ilgisine mazhar olmuş bu kurum, devletin özellikle yargısal faaliyetlerinin askıya alınmasını ifade eder. Ancak iustitium'un ortaya çıktığı cumhuriyet dönemindeki anlamı, imparatorlukla birlikte anlam kaymasına uğrar. Roma'da *cumhuriyet döneminde* sınıflararası mücadele bakımından *senatus oligarşisince* pleb'lere karşı bir araç olarak kullanılan iustitium, *principatus döneminden* itibaren rejimin değişen karakteriyle birlikte bir çeşit kamusal matem ve tüm devlet faaliyetlerinin yanı sıra yargılamalara ara verilen bir adli tatil haline dönüşür.

Roma’da dönemler arasında anlam kaymasına uğrayan iustitium kurumu, modern devletle birlikte bir nevi aslına rücu eder. Bu rücunun dönemsal karşılığı ise cumhuriyettir. Başka bir deyişle, iustitium, cumhuriyet dönemindeki haline geri döner. Ancak unutmamak gerekir ki, Roma hukuku ortaçağ boyunca uzunca bir süre uyutulmuş bir hukuktur ve dolayısıyla bu hukukun bir kurumu olan *iustitium* da bundan nasibini almıştır. Lakin geç feodal devirde Roma hukukunun tekrar uyandırılması ve modern devletin içine sızmasıyla birlikte, Roma hukukuna ilişkin kavramlar ve kurumlar da -iustitium gibi- tekrar ama yeni anlamlarıyla hukuken hayat bulur.

Bu yüzden, kurumun günümüze etkisini anlamak için Roma’nın toplumsal ve hukuksal yapısını izah etmek gerekir. Bu gereklilik, gerçekte, kurumun neden ortaya çıktığını ve işlevlerini de anlatmak açısından bir elzeme dönüşür. Zira modern devlet gibi eskiye ait hukuki/idari/toplumsal yapıyı tarumar eden veya daha doğrusu etme iddiasında olan yeni bir modelin, her nasılsa çok kadim olan bu kurumu farklı biçimlerle kendisine dâhil ettiğini kavrayabilmenin başka bir yolunu bulmak pek mümkün olmaz. Kurumun ortaya çıktığı mekân ve zaman Roma olmakla birlikte, günümüzde modern devletler sisteminde de yer aldığı ileri sürülebilir. İddiayı ispatlamak için iustitium’un istisna hali olarak adlandırılan hal ile ne gibi bir rabıtası olduğu belirtilmelidir. Bu çerçevede, istisna halinin paradigmatik biçiminin¹ iustitium olduğunu söylemek, sanırız yanlış olmaz. Aksi halde istisna hali üzerinden yazılanlar nakıs kalmaya muhtaç olur. Diğer bir ifadeyle, istisna halini anlamaya ilişkin olarak bu kurum -iustitium- bize minyatür bir model sunacaktır.

I. Kavramsal Açıdan Iustitium Kurumu

Iustitium kurumunun etimolojik kökeni incelendiğinde, kavramın hukuka ya da siyasete ilişkin bir kökene sahip olmadığını, aslında bu alanlarla yakınlığı olmayan bir alandan doğmuş olduğunu görmek şaşırtıcı gelebilir. Bu alan, astronomiden bir başkası değildir. Astronominin

¹ Agamben, G.: *İstisna Hali*, (Çev. Kemal Atakay), Otonom Yay., İstanbul 2003, s. 53.

dilinde/terminolojisinde kullanılan Latince bir kelime olan solstitium, kavramın kökenini oluşturur. Günümüz astronomisinde de kullanılan solstitium, *sol* (güneş) ve *-stitium* (sistere, durmak, hareketsiz durmak, asılı kalmak) kelimelerinin birleşimiyle oluşturulan, yaz ve kış gündönümlerinde, yerden gözlem yapan biri için güneşin artık gökyüzünde daha fazla yukarı ya da aşağı hareket etmediği, yani sanki durduğu, asılı kaldığı durumu ifade etmektedir².

Iustitium kelimesi de bu anolojiden hareketle; *ius* (hukuk) ve *-stitium* (sistere, durmak) kelimelerinin bir araya getirilmesiyle, hukukun ve yargının faaliyetinin durduğu, adeta hukuksuzluk, hukuk dışılık, hukukun ötesinde ya da hukukun askıya alındığı bir durumu ifade eder anlamda kullanılmaktadır.

Kurum kavram olarak Türkçe’de teknik terim olarak “istisna hali” biçiminde kullanılmakla birlikte, içeriği konusunda tarihsel örnekler ve çağdaş yorumlar arasında görüş ayrılıkları nedeniyle, kabul edilen içeriğine uygun şekilde farklı farklı terimlerle de ifade edilebilmektedir³.

Oysa istisna hali, iustitium kurumunun ilanı (iustitium edicere) sonucu ortaya çıkan duruma verilen addır. Iustitium kurumu bir karar alınmasıyla, yani senatonun *senatus consultum ultimum* çıkarmasıyla husule geldiği için bahsi geçen karara neden olan bir sebebin olması da gerekir. Silsile şöyle daha net ortaya konulabilir: Senato kararına sebep olan bir tumultus olacak, bu tumultus neticesinde senato bir karar alacak ve bu kararla birlikte iustitium kurumu ortaya çıkacaktır. İşte bu silsile sonucu ortaya çıkan mevcut duruma, istisna hali denir. Bütün bu prosedürün sebebi ise, devletin savunulmasıdır. İşin özü, Senato bu kararıyla; consul'lerden, bazı durumlarda praetor ve tribunus plebis'lerden ve en çaresiz durumda ise yurttaşlardan devletin kurtulması için gerekli

² Varro, **De Lingua Latina**, 6.8.

³ Örn. Türkçe: istisna hali, olağanüstü hal; Almanca: Aufnahmestand, Notstand; İtalyanca: stato d'eccezione, decreti di urgenza; İngilizce: state of exception, state of emergency, martial law gibi.

önlemleri almasını talep etmekteydi.⁴ Dolayısıyla, talebin karşılığı olarak ortaya çıkan kuruma iustitium dersek, çok da yanlış söylemiş olmayız.

II. Roma Toplum Düzeni ve Siyasal Yapısı

Hukukun askıya alınması anlamını taşıyan iustitium'un anlaşılabilmesi için, bu kavramın ortaya çıktığı Roma toplum yapısı ve siyasal organlarına değinmek gerekmektedir.⁵

MÖ 753'te kurulduğu kabul edilen Roma'nın, bir şehir devleti olarak varlık gösteren siyasal varlığı, krallık, cumhuriyet ve imparatorluk (principatus ve dominatus) rejimleriyle Iustinianus'un öldüğü MS 565 yılına dek sürmüştür.

Krallık döneminde her türlü yetkinin ömrü boyunca elinde toplandığı bir kral (rex) yönetimin başında bulunmuş, senato (senatus) krala danışmanlık görevi yapan bir kurul olarak oluşturulmuş, halkın biraraya gelmesiyse yasama faaliyeti dışında birtakım yetkileri olan curia meclisi aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Halk patricius ve pleb adı verilen iki sınıfa ayrılmıştır. Patricius'lar yurttaşlık, asker olma ve oy verme haklarına sahip birinci derece toplum kesimi, pleb'ler ise çiftçilik ve zaatkarlıkla geçinen ikinci derece sınıfı olarak kabul edilmiştir⁶.

Roma siyasal tarihinin gelişimi patricius'lar ve pleb'ler arasındaki sınıf mücadelesine paralel bir süreç izlemektedir. Sınıflar arası gerilim ve hatta çatışma rejim değişiklikleriyle tarihsel olarak izlenebilmektedir. MÖ 509 yılında dayatmacı rejimin son kralı Roma'dan kovulduktan sonra, cumhuriyet yönetimine geçilmiş, iktidarın tek elde toplanmasını önlemek adına, kralın yerine iki consul birer yıllığına ve eşit yetkiyle halk tarafından seçilerek getirilmiş ve kendilerine kamusal erk kullanma yetkisi (imperium) verilmiştir. Zamanla devleti yönetme makamına (magistra'lık) gelen görevlilerin sayısı arttırılmış, aralarında bir hiyerarşi oluşacak şekilde consul'lük dışında, yargı işleriyle görevli praetor'luk, iç güvenlik

⁴ Agamben, İstisna Hali, s. 53.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Karadeniz Çelebican, Ö.: **Roma Hukuku**, Ankara 2014, s. 39 vd.

⁶ Karadeniz Çelebican, s. 41.

ve denetim yetkisiyle aedilis'lik ve mali işlerden sorumlu quaestor'luk biçiminde yeni magistra'lıklar kurulmuştur.

Cumhuriyet kurulduğunda her türlü idari, adli ve askeri yetkileri barındıran consul, imperium yetkisiyle en yüksek idari görevli olarak öne çıkmaktadır. Bir yıllığına mevkidaşlıkla göreve gelen eşit yetkili consul'lar centuriata meclisi tarafından seçilebilmekteydi. Cumhuriyet yönetiminin savaş gibi dış tehditler karşısında tehlikeye girmesi ya da içte karışıklıkların (tumultus) baş göstermesi durumlarında, consul'lerden biri altı ayı geçmemek kaydıyla, diğer consul tarafından onun görev süresi boyunca dictator olarak atanabilmekteydi.⁷ Sınırsız idari, adli, askeri ve hatta yasamaya ilişkin yetkileri tek başına elinde bulunduran dictator, cumhuriyeti içine düştüğü tehlikeden kurtarmak için ne gerekiyorsa yapmak yetkisi ve göreviyle cumhuriyetin istisnai karakterde bir makamı olarak dikkat çekmiştir.⁸ Ancak burada hemen altını çizmek gerekir ki, dictator'lüğü ne bir iustitium ne de dolayısıyla istisna hali olarak yorumlamak doğru olur. Zira iustitium'la yeni bir yöneticilik görevi yaratılmamakta, yöneticiye dictator'lükte olduğu gibi bir imperium yetkisi verilmemekte, bu yüzden de dictator'lük rejimi oluşmamaktadır. O zaman oluşan şey nedir? Oluşan; yöneticilerin normal zamanlarda elini sınırlandıran yasaların askıya alınmasından ibarettir⁹.

Praetor'lar, magistra'lar arasında adaletle ve hukuk işleriyle görevli olduklarından hukuk açısından önemli bir yere sahiptirler. Krallık döneminin ortalarından MS 4. yüzyıla kadar uygulanan özel yargılama sistemi adı verilen yargılama hukukunun en önemli aktörü olduğundan, bu magistra'nın önemi "hukukun yaşayan sesi" olarak ifade edilmiştir¹⁰.

Patricius'lar cumhuriyetin başında gene hâkim ve üstün sınıf olarak yeni kurulan magistra'lıklarda görev almışlar, ancak zamanla pleb'ler de

⁷ Rainer, M.J.: **Einführung in das römische Staatsrecht**, Darmstadt 1997, s. 75; Burdese, A.: **Manuale di diritto pubblico romano**, Torino 1998, s. 30.

⁸ Umur, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975, s. 57; Berger, A.: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 434.

⁹ Agamben, İstisna Hali, 59-60.

¹⁰ Marcianus, **Dig.** 1.1.8; Berger, s. 529.

bu icracı magistra'lıklara seçilmeye başlamışlardır. Kamu erki kullanma yetkisine sahip magistra'lar her türlü devlet faaliyetini cumhuriyetin diğer siyasal organları olan meclisler ve senatonun yasa ve kararları çerçevesinde yürütmüşlerdir.

Krallık döneminde sadece patricius'lardan oluşan curia meclisinin yerini, cumhuriyette her sınıfın sadece kendisinden ve her iki sınıfın birarada bulunduğu toplam üç meclis almıştır. Cumhuriyet döneminde yasa (lex) yapma yetkisi patricius'lar ve pleb'lerden oluşan centuriata meclisine verilmiştir. Magistra seçimlerinde, yasa önerilerinin kabul ya da reddinde ve yargı işlerinde yetkili olan bu meclis, cumhuriyetin ortaya çıkardığı önemli bir kurum olmuştur¹¹.

Cumhuriyetin başlarında icracı magistra'lıklara sadece patricius'ların seçilebilmesi nedeniyle, pleb haklarının savunulması için çinse tribunus plebis'lik makamı kurulmuştur. Tribunus'lar magistra'lardan farklı olarak imperium değil, potestas yetkisine sahip olup, yetkileri negatif yöndedir, yani magistra'lar gibi icrai faaliyette bulunamazlar, ancak magistra'ların ve senatonun her türlü işlem, eylem ve kararlarını donatıldıkları intercessio (veto) yetkisiyle durdurabilmektedirler.¹² Tribunus plebis'ler ayrıca görevlerini tam bir dokunulmazlık içinde yerine getirebilmeleri için sacrosanctitas adı verilen bir koruma olanağına sahiptirler; kendilerine karşı her türlü saldırı ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır. Pleb meclisince bir yıllığına seçilen tribunus'lar da sayıları birden fazla mevkidaşlıkla görev yapan cumhuriyetin pleb sınıfı için kurmuş olduğu çok önemli bir makam halini almıştır.

Krallıktan cumhuriyete geçişte fonksiyonları büyük ölçüde değişen en önemli kurum hiç kuşkusuz senato (senatus) olmuştur. Senato, krallıktaki danışma kurulu görünümündeki yetkisi ve görevini cumhuriyette de sürdürmüştür. Krallıkta sadece patricius'lardan kralın, aile birliklerinin (gens) reislerinden (patres) seçtiği yüz üyeden oluşan

¹¹ Karadeniz Çelebican, s. 45.

¹² Umur, s. 211; Rainer, s. 95.

senato, cumhuriyette birtakım değişikliklere uğramıştır: Üyeleri consul'lerce belirlenmeye başlamış; üye sayısı artmış (önce üçyüz, sonra altıyüz); yasa yapım sürecinde önerilerin tartışıldığı ve ardından meclislerce kabul edilen yasaların onaylanıp halka duyurulması görevini yüklenmiş; devlet yönetiminde karşılaşılan iç sorunlar, askerlik, maliye, din, kamu toprakları (ager publicus) ve eyalet idaresi ve dış siyaset korularında başta görüş sunma ve gitgide karar alma yetkisini kendinde görür hale gelmiştir.¹³ Senato'nun normal zamanlarda almış olduğu kararlara senatus consultum adı verilirken, devletin tehlikede olduğu zamanlarda, senatonun magistra'lardan, kural olarak consul'lerden birinin sınırsız imperium ile donatılması ve Roma halkının tehlikeden zarar görmemesi her türlü güç kullanabilmesine yönelik aldığı karara senatus consultum ultimum (nihai senato kararı) adı verilmektedir.¹⁴ Bu karar çerçevesindeki güç kullanımı, tribunus'ların intercessio'suyla durdurulmadığı gibi, senatonun sağladığı olağanüstü imperium (imperium militiae) yurttaşlar yaşamı üzerine dahi etki edebilecek düzeyde uygulanmıştır.¹⁵ Senato, iustitium ilanı ile yargısal faaliyetlerin de askıya alınmasını sağlayabilmektedir.¹⁶

III. Cumhuriyet Döneminde Iustitium Uygulamaları

Cumhuriyet dönemiyle birlikte Roma'da rejim köklü biçimde değişikliğe uğramıştır; ömür boyu iktidarda kalan kralın yerine mevkidaşlık yapısında ve senelik görev yapan magistra'lar getirilmiş, yasa (lex) çıkarma yetkisine sahip meclisler kurulmuş ve yeni rejimin istikrar unsuru olarak yetkileri dönem boyunca artacak olan yeni senato oluşturulmuştur.

Döneme damgasını vuran, krallık rejiminin yıkılmasına neden olan toplumsal sınıf farklılıkları, cumhuriyette sınıflar arası eşitliği sağlayacak yeni mekanizmaların oluşmasını sağlamıştır.

¹³ Karadeniz Çelebican, s. 42 ve 45; Burdese, s. 74 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rainer, s. 135-140.

¹⁴ Rainer, s. 135.

¹⁵ Agamben, s. 96; Rainer, s. 135; Burdese, s. 63.

¹⁶ Burdese, s. 79.

Krallık döneminde, çoklukla örf ve adete dayanan yazılı olmayan hukuk, cumhuriyette meclislerin kabul ettiği yazılı yasalar biçiminde hem bilinebilirlik hem de eşitlik açısından özellikle ikinci derece halk kesimi olarak pleb'lerin mücadelelerinin bir sonucu olarak Roma tarihinin ilk kodifikasyon hareketi olan Oniki Levha Yasası'nın kabulü sonucunu doğurmuştur.

Cumhuriyet döneminde siyasal organlar açısından kralın yerine getirilen magistra'lık ve bu kurum içinde oluşturulan consul, praetor, aedilis ve quaestor'luklara pleb'lerin de gelebilmesiyle yaklaşık MÖ 3. yüzyılda Roma'da siyasal ve toplumsal eşitliğin doruk noktası olarak kabul edilir¹⁷. Ancak bu tarihten sonra Roma cumhuriyeti sınıf ayrımının ortadan kalktığı bir toplum düzeni yerine yeni aristokratik bir sınıfın ve cumhuriyetin son iki yüzyılında temsilcisi senatonun oligarşisine sahne olacaktır.

Patricius'lar karşısında ikinci derecede kalan pleb'ler cumhuriyet dönemi boyunca çeşitli sınıfsal kazanımlar elde edebilmiştir. Bunlar arasında özellikle halk savunucu olarak Türkçe'ye çevrilebilecek tribuns plebis'lik kurumu, özellikle kamunun yüksek magistrallıklarını elinde tutan patricius'lar karşısında pleb'lerin haklarının gözetilmesinde önemli bir güç sağlamıştır.

Magistra'lığa bir yıllığına en az iki kişi olarak seçilen kimselerin elinde bulunan kudret olan, kamusal güç kullanma yetkisi yani imperium, başlangıçta patricius ve sonra yerini alan aristokratik sınıfın temsilcilerine (optimates) devleti yönetme erki tanırken, plebler ve halk sınıfının (populares) elinde ise imperium karşısında onu durdurabilme (veto) edebilme yetkisiyle donatılmış sadece tribuns plebis'ler bulunmaktadır. Tribuns'lar pozitif bir faaliyet gücünü sahip olmamakla birlikte, imperium'u durdurabilme (intercessio, veto) yetkileri sayesinde adeta **negatif erke** sahiptirler¹⁸.

¹⁷ Karadeniz Çelebican, s. 78.

¹⁸ Lobrano, G.: **Il potere dei tribuni della plebe**, Milano 1983, s. 105.

Roma tarihinde görülmektedir ki, bu **negatif erk**, pleb'lerin haklarının korunmasında etkin bir rol oynamış, bazen devletin tıkanmasına yol açmış, bazense etkin rolü sebebiyle etkin sınıfın da sahibi olmayı arzu ettiği bir kurum halini almıştır.

Tribunus plebis'lik yetkilerinin kullanımı ve sonuçları itibariyle iustitium uygulaması hakkında hukuk tarihinin en kayda değer örneği Gracchus kardeşlerin görev zamanına ilişkindir.

Tiberius ve Gaius Gracchus ismindeki iki kardeş, tribunus plebis'lik makamının sağladığı yetkileri kullanarak MÖ 2. yüzyılda ortaya çıkan toplumsal sorunları gidermek amacıyla pleb sınıfını desteğiyle seçimlerden galip çıkmışlar ve siyasal programlarını yürürlüğe sokmuşlardır¹⁹.

Roma cumhuriyetinin iki halk kesiminden alt dereceli olanı pleb'ler, MÖ 6. yüzyılda kurulan yeni rejimin yeni yurttaşları, yeni askerleri, yeni vergi veren kimseleri olarak cumhuriyetin, yani res publica'nın belkemiğini oluşturmaktaydı. MÖ 5. yüzyılda kabul edilen Oniki Levha Yasası ile patricius'larla eşit siyasal konumu elde eden pleb'ler ekonomik olarak küçük tarım arazisi işletiyor, çiftçilik ve hayvancılık yaparak hem vergisini verebiliyor hem de savaşlarda asker olarak yurttaşlık görevini yerine getirebiliyordu.

MÖ 3. yüzyıldan MÖ 2. yüzyılın ortalarına dek süren ve Roma lehine sonuçlanan Kartaca (Pön) savaşlarının ardından değişen sosyal yaşam siyasal yapıda köklü dönüşümlere yol açmıştır.

Kartaca savaşlarının Roma ailesinin sosyal ve ekonomik yaşantısına en büyük etkisi, pleb sınıfından köylülerin ellerindeki toprakların senato oligarşisinin eline geçmesi ve bu sınıfın fakirleşmesi olmuştur.

Tiberius Gracchus MÖ 133 yılı tribunus plebis'liğine aday olduğunda, seçim propagandası, topraksız köylülerin ager publicus'tan pay almasına dayalı toprak reformu üzerine kurulmuştur. Tiberius Gracchus

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Burdese*, s. 116 vd.

tribuns plebis'liği elde ettiğinde, aynı yıl consul'lüğüne ise ünlü hukukçu Publius Mucius Scaevola seçilmiştir.

Tiberius'un toprak reformu ile amaçladığı eski cumhuriyet düzenin ahenk içindeki sosyal sınıflarını canlandırmak ve böylece rejimi içine düştüğü krizden çıkarmaktır. Zira özellikle Kartaca savaşlarından sonra Roma'ya dışarıdan gelen ucuz tahıl, İtalya topraklarındaki tarımı bitirme noktasına getirmiş, iflas eden küçük çiftçi yurttaşlar arazilerini yok pahasına senatörlere satmak durumund kalmışlardır. Şehir merkezine göç eden bu işsiz ve fakir kesim, siyasal mücadelelerde oyu için satın alınan huzursuz bir kesim olarak Tiberius ve Caesar gibi yöneticilerin hedefinde yer almışlardır. Öte yanda senatörler ise satın aldıkları arazilerle büyük çiftlikler (latifundia) kurarak, buralarda çok sayıda köle çalıştırmak suretiyle ekonominin ve siyasetin yönetici hâkim pozisyonunu elde etmişlerdir.

Tiberius Sempronius Gracchus, kendi adıyla anılan lex Sempronia agraria toprak yasası önerisi, *ager publicus* (kamu arazisi) niteliğindeki arazinin zilyetliğinin fakir halka dağıtılması konusundadır. Tribunus plebis olarak yasa konusunun, siyaseten senato muhalefetini çekmesinin nedeni ise, İtalya yarımadası dışı topraklar konusunda her türlü idare ve karar yetkisinin senatoya ait olması yatmaktadır. Özel mülkiyet kurulamayan bu topraklardan yararlanan senatörler Tiberius'un yasa önerisine karşı çıkmışlardır. Buna karşın yasa kabul edilmiş, toprak dağıtımı konusunda üç kişilik bir komisyon (*triumviri agris dandis adsignandis iudicandis*) kurulmuş, *pater familias* (aile babası) başına en fazla 500 iugeri (125 hektar) arazinin zilyetliğine izin verilmesi, ayrıca her oğul için ek 250 iugeri arazi imkan tanınması, ancak bunun da toplamda 1.000 iugeri'yi geçmemesi ve topraksız köylülere de kişi başı 30 iugeri arazi verilmesi esasları çerçevesinde toprak dağıtımı yapılmasına, dağılımının düzenlenmesine, belirtilen miktarlardan fazla toprağın iadesine dair yasa hükümleri uygulamaya konmuştur²⁰.

²⁰ *Burdese*, s. 118-119.

Tiberius populares sınıfının menfaaeri yönünde başka yasa önerilerinde de bulunmuş, örn. askerlik süresinin kısaltılması, ölüm ya da kırbaç cezasına çarptırılmış yurttaşların meclislere başvurabilmesi (provocatio ad populum) hakkının kapsamının genişletilmesi gibi, özellikle optimates sınıfının çıkarları aleyhine faaliyetleri, senatonun kendisine karşı faaliyetlerine yol açmıştır.²¹ Senato, Tiberius'u engelleyebilmek için öncelikle mevkidaşı diğer tribunus plebis olan Marcus Octavius'u yanına çekerek kendisinin faaliyetlerinin durdurulmasını sağlayacak intercessio yetkisini kullanmasını sağlamıştır. Tiberius, Octavius'un yetkisi dâhilindeki bu hamlesine, onun halk aleyhine faaliyette bulunması sebebiyle görevinden azledilmesi yönünde halk meclisi kararı aldırmasıyla cevap vermiştir. Bunun üzerine pontifex maximus Publius Cornelius Scipio Nasica Serapio, senatodan bir senatus consultum ultimum çıkarmasını talep etmiş ve böylece Roma tarihinde ilk kez, cumhuriyetin iç düşmanlarına karşı bu senato kararı alınarak, yüksek magistra'lara (consul ve praetor'lar) Tiberius ve yandaşlarının vatanın düşmanı olduğu hükmüyle her türlü güç kullanma emir ve yetkisi verilmesini istemişse de, consul Publius Mucius Scaevola, pontifex'in önerisinin alınmasını reddederek senatus consultum ultimum'u engellemiştir. Bundan sonra birçok senatör, oturumu terkedip silahlanarak (saga sumere), optimates sınıfının lideri pozisyonundaki Scipio Nasica'nın önderliğinde, Tiberius ve yandaşlarına saldırmış ve böylece Tiberius'un populares sınıfı yanlısı siyasal hareketi şiddet kullanılarak bastırılmıştır.²²

Tiberius'tan on yıl sonra onunla aynı siyaseti sürdüren kardeşi Gaius Sempronius Gracchus MÖ 123 ve 122 yılları tribunus plebis'liğine arka arkaya seçilmiştir. Gaius'un reform paketinde toprak dağıtımı yasası, koloni kurma, fakir halka buğday verilmesi, eyalet idaresinde senato

²¹ *Burdese*, s. 119; *Umur*, s. 171.

²² *Burdese*, s. 119-120; Scipio Nasica'nın dinsel unvanı ile yetkisi çerçevesinde Tiberius Gracchus'u homo sacer (kutsal insan) statüsüne getirip öldürmesi fiili hukuken takip edilemeyen, faillerin dokunulmaz kabul edilmeleri sonucunu doğurmuştur. Spaeth, B. S.: "The Goddess Ceres and the Death of Tiberius Gracchus", *Historia* 38 (1990) s. 183'ten nakleden *Appel, H.*: "Some Remarks on the Legatio at Hennem", *Studia Lesco Mrozewicz*, Poznań 2011, s. 12.

yetkilerinin kısıtlanması, yargıç listelerinin düzenlenmesi, Latinlere Roma yurttaşlığı ve İtaliklere Roma'da oy kullanma hakkı verilmesi konuları bulunmaktaydı.²³ Senato'nun temsilcisi olduğu optimates aleyhine sonuçlar doğuracak bu siyaset karşılıklı tartışmalara ve giderek kargaşalıklara yol açınca, consul Lucius Opimius bir senatus consultum ultimum çıkarılmasını sağlayarak, Gaius Gracchus ve yandaşlarının yaşamları güç kullanılarak sona erdirilmiştir.²⁴ MÖ 121 yılında Gaius Gracchus'a karşı alınan bu senatus consultum ultimum ile ilan edilen iustitium ile bir Roma yurttaşının contra rempublicam, yani cumhuriyetin düşmanı sayılıp kendisine karşı güç kullanılması, ilk kez yasal araçlar yoluyla gerçekleştirilmiş olmaktadır²⁵.

Cumhuriyet döneminin başındaki patricius-pleb mücadelesinin yerini bıraktığı optimates-populares siyasal karşıtlığı, dönemin son 150 yılında, iktidar -adeta- savaşını, siyasal kurum ve organlar aracılığıyla sürdürmüşler ve bunun neticesinde, krize giren ve bundan çıkayan cumhuriyet rejimi yerini imparatorluğa bırakmıştır. Bu süreçte siyasal aktörlerinin, genel olarak, cumhuriyetin anayasal kurumlarının kendilerine tanıdığı olduğu yetkiler çerçevesinde hareket ettikleri, ancak birbirine karşıt görüşlerin temsilcileri açısından duruma bakıldığında, yetkilerin aşıldığı, farkı uygulamaların tercih edildiği, hatta anayasal yapının çiğnendiği sonucuna varılabilir.

Senato, cumhuriyetin tehlikeden kurtarılması için senatus consultum ultimum çıkartarak, mevcut karmaşa durumunu bir tumultus kabul ederek iustitium ilan etmiştir.²⁶ Bu karar üzerine consul'lerden biri dictator sıfatıyla hareket ederek, tumultus (siyasal karışıklık, tehlike) halini sona erdirmeye, cumhuriyeti tehlikeye sokan kişi ve gruplara karşı güç kullanarak, tumultus haline son verme görevini yüklenmiştir.

Senato, kendini devletin (res publica) sahibi ve koruyucusu görmek suretiyle, kendi menfaatine aykırı bir durum ya da iktidarının tehlikeye

²³ Burdese, s. 120 vd.

²⁴ Burdese, s. 123.

²⁵ Rainer, s. 135, dn. 543.

²⁶ Agamben, İstisna Hali, s. 53.

girmesi hallerinde, bunu yasal düzenlemelerle çözmesi mümkün olamadığından, yani hukuk içinde kalarak lehine sonuç yaratamadığından, sadece acil ve silahlı müdahaleyle bastırılabilir bir zaruret gördüğünden, güçlü muhalif grubun hareketini tumultus içinde görüp, res publica'nın dış düşmanlarına (contra rempublicam) uygulaması gereken iustitium halini, muhalif gruba karşı da uygulamaktan çekinmemiştir.

İlan edilen iustitium halinde, cumhuriyetin düşmanlarına karşı kullanılan cebir neticesinde meydana gelecek ölüm ve yaralama halleri, hukuk uygulamasının, yargının konusunu oluşturmamaktadır. Zira bu durumda hukukun işlemediği, hukukun askıya alındığı bu aşamada, hukukun söz konusu edilmediği söylenebilir. Hukukun olmadığı bir yerde, hukukun konusunu oluşturacak fiillerden de bahsetmek mümkün olmamaktadır. Iustitium hali devam ettikçe, cumhuriyete karşı tehlike unsurları yok edilinceye kadar, hukukun ve dolayısıyla yargının alanına giren işlem ve eylemden söz edilemez. Başka bir deyişle, burada paradoksal bir durum ortaya çıkar. Hukuk geçerliliği askıya alınca kendisinin dışına çıkmış olur. Ancak iustitium kararı veren hukukun dışına çıkarak bu kararı ilan ettiği için aslında hiçbir şeyin hukukun dışında olmadığını da ilan ediyor demektir²⁷. Tumultus'u ortaya çıkaran sebepler, hukuk düzenini bozduğundan bir kaos hali belirmektedir. Kaos vuku bulduğunda kurallar ortadan kalkar ya da diğer bir anlatımla kuralsızlık hali belirir. Şu halde, kaos ile normal durum arasında belirsiz bir bölge var olur. Iustitium kararı veren bu kararı verirken hukuksal-siyasal bir yapıyı da başlatma kararı vermiştir. Fakat bundan sonrası hukukun konuşmadığı bir alan haline dönüşür²⁸. Hukukun sessizleştiği/kör ve sağır olduğu belirsizlik bölgesinde hukuk ortadan kaybolmaz. Sadece askıya alınmıştır. Ne zaman ki, kaos (Romalılar buna tumultus diyordu) sona erir, işte o vakit hukuk askıdan inerek tekrar normal düzen tesis edilir.

²⁷ Agamben, G.: **Kutsal İnsan (Egemen İktidar ve Çıplak Hayat)**, (Çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yay., İstanbul 2001, s. 26.

²⁸ Agamben, **Kutsal İnsan**, s. 30.

IV. İmparatorluk Döneminde Iustitium

Cumhuriyette hukukun askıya alındığı durumu ifade eden iustitium, yeni rejimde imparator (döneminde başlarında princeps) ya da ailesinden birini ölümü halinde devlet organlarının, özellikle yargının faaliyet göstermedikleri, bir çeşit devletin tatile girdiği ve herkesin birlikte yaşadığı bir matem olarak kamusal matem, toplumca yas ve adli tatil anlamına gelecek bir kuruma dönüşmüştür²⁹.

Princeps'lik makamının kurulmasıyla başlayan ilk imparatorluk (principatus) döneminde, istisnai biçimde uygulanan devletin tehlikeye düşmesi durumuna özgü kurum, kural ve uygulamaların terk edildiği ve fakat bunların artık kural halini aldığını kabul etmek gerekir.³⁰ Princeps'in senato ile birlikte eşit olarak başlayan diarsisi (SPQR, Senatus Populusque Romanus), kısa süre sonra yerini, princeps'in ve gittikçe artan yetkileriyle artık imparatorun hakimiyetine bırakacaktır. İmparatorluk döneminin sonuna dek çoğu cumhuriyet kurumu varlığını ismen korusa da, içeriği ya tamamen boşalmış ya da büyük değişiklik göstermiştir.

İmparatorluk döneminde bir tumultus (kargaşa, tehlike) baş gösterdiğinde artık iustitium'dan ve silaha sarılmaktan (saga sumere, in sagis esse, ad saga ire) bahsetmek mümkün değildir; sagum sadece asker üniforması anlamında kullanılmış ve bu dönemde sivil-asker ayrımı keskinleşmiş bir biçim almıştır.³¹ Cumhuriyetin tehlikeye düşmesi halinde eline silah alıp onu koruyan yurttaş bu dönemde devlet karşısındaki haksal pozisyonunu kaybetmiş, princeps ve yönetimi üstün bir nitelik almıştır.

Anlam değişikliğine uğrayan kurumlardan biri olarak iustitium, imparatorluğun başlangıcından itibaren imparatorun sarayındaki matem halini, buna bağlı olarak herhangi bir kutlama ve şölen yapılmamasını, hatta zamanla, tüm ülkenin birlikte yas tuttuğu, derin üzüntü içinde olduğu

²⁹ Agamben, İstisna Hali, s. 79.

³⁰ Nissen, A.: **Das Justitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte**, Leipzig 1877, s. 140.

³¹ Nissen, s. 144; Agamben, İstisna Hali, s 57-58.

kamusal matemi ifade eden bir kelime halini almıştır.³² Bu dönemde tüm devlet faaliyetlerinin durdurulduğu, tüm kamu kurumlarının mateme resmi olarak katılma zorunluluğu nedeniyle, idari ve adli tüm işlemlere ara verildiği, yargılamalar açısından da bir çeşit adli tatil uygulaması ortaya çıktığı söylenebilir.³³

Iustitium'un cumhuriyetteki senato kararıyla yurttaşların hostis (düşman) hükmü altında yargılama yapılmaksızın öldürülebilmesi sonucunu doğuran ve bunun hukukun tumustus (kargaşa, tehlike) hallerinde askıya alınması biçiminde gerçekleştirilmesi anlamı, imparatorluk döneminde yerini kamusal mateme (luctus publicus) bırakmış, ortaçağ boyunca da bu anlamıyla varlığını sürdürmüş, yüzyıllarca unutulmuş olan cumhuriyetteki anlamı yeniçağda tekrar ortaya çıkmıştır.³⁴

V. Kamusal Erk Ve Yetkiler Açısından Iustitium

Consul'lerin halk meclislerince bir yıllığına seçilmeleriyle elde ettikleri imperium, onlara yazılı olmasada da örf ve adet ile Roma devlet geleneğinden oluşan anayasal çerçevede faaliyetlerde bulunma yetkisi tanımaktadır. Cumhuriyetin başlarında patricius sınıfının çıkarlarını temsil eden consul'lerin, dönemin son iki yüzyılında hakim senato oligarşisinin (optimates) sözcüsü durumuna geldiği söylenebilir. Consul'lerden birinin, devletin varlığını tehdit eden olağüstü hallerde dictator olarak tayin edilmesi, teorik olarak her türlü idari, askeri ve yargısal yetkilerin kendisinde toplanması sonucunu doğursa da, senatonun siyasal gücünün uzantısı olduğu gözardı edilmemelidir.

Tribunus plebis'in kamusal yetkisini ifade eden Latince deyim potestas'tır. Magistra'ların imperium'u icrai (pozitif) emretme yetkisi içerirken, tribunus plebis'lerin potestas'ı daha çok negatif erk olarak ifade edilir; icracı magistra'ların faaliyetlerinin durdurabilmesi (intercessio)

³² Nissen, s. 148-149; Suetonius, Gaius (Caligula) 5; *Sueton Tranquillus, C.: Das Leben der römischen Kaiser*, (Hrsg. und übersetzt von Hans Martinet), Düsseldorf 2001, s. 230.

³³ Suetonius, Gaius (Caligula) 5; *Sueton*, s. 230.

³⁴ *Agamben*, İstisna Hali, s. 79; *Nissen*, s. 157.

sahip olduğu en büyük yetkidir. Bu yetki ona öyle bir güç vermektedir ki, cumhuriyetin son yöneticileri (örn. Caesar) ile imparatorluk rejiminin ilk princeps'leri (örn. Augustus) bu yetkisiyi özellikle almak istemişlerdir. Tribunus'lar ayrıca görevlerini yerine getirirken her türlü saldırıdan korunmalarını sağlayacak bir çeşit dokunulmazlıkla (sacrosanctitas) ile donatılmışlardır. Tribunus'ların sacrosanctitas'ı dictator'luk zamanında dahi -en azından teorik olarak- mevcut iken, potestas'ları işlevini yitirmektedir.

Senato, krallık dönemindeki danışma görevini cumhuriyette de sürdürmüş, ancak özellikle Kartaca savaşlarından sonra, sosyal ve ekonomik yapının değişmesine paralel siyasal yapıdaki dönüşümde adeta devlet erkinin toplandığı bir kurum halini almıştır. Senatonun sahip olduğu kamusal yetki auctoritas (auctoritas patrum) olarak adlandırılır.³⁵ Magistra ve tribun'lar halk meclislerince seçildiklerinden bunların sahibi oldukları imperium ve potestas'ın kaynağı halktır.³⁶ Senatonun auctoritas'ı ise yüzyıllarca süren bir geleneğin yavaş yavaş değişimiyle sağlanmış bir yetki içeriğine sahiptir. Yasama faaliyeti ve magistra seçimleri sırasındaki senatonun rolü düşünülecek olursa, meclislerin kararlarının onay makamı, devletin istikrar organı olduğu söylenebilir. Seçilmiş magistra'ların görev süreleri sonunda senato üyesi halini alması, bir yandan devletin devamlılığını sağlamış, ancak öte yandan sınıflar arası denge üzerine kurulu cumhuriyet erkler dengesinin senato lehine gelişmesi sonucunu doğurmuştur. Cumhuriyetin siyasal organları olan magistra'lar ve halk meclislerinin üzerinde bir onay ve hatta asıl karar makamı haline gelen senato, devlet mekanizması içerisinde verilebilecek en nihai senato kararı biçiminde Türkçe ifade edilebilecek olan senatus consultum ultimum ile hukukun askıya alınmasına dahi karar verebilecek erke sahip olmuştur.

³⁵ Agamben, İstisna Hali, s. 89.

³⁶ Agamben, İstisna Hali, s. 90.

VI. Iustitium Kurumunun Ortaya Çıkardığı Durum: *İstisna Hali*³⁷

Roma’da cumhuriyetin kriz halinde, yani olağan- normal işleyişinin sekteye uğradığı ya da uğrama ihtimalinin olduğu durumlarda yarattığı düzene, istisna hali denildiğini tekrar ifade etmekte yarar var. Zira Roma hukukunun önemli kurumlarından iustitium’un ortaya çıkardığı hal olan istisna hali ortaçağda ve modern çağda da ilgiye mazhar olmuş ve özünden çok da kopmadan ve fakat yenilenerek uygulanmış gelmiştir. İstisna hali, Carl Schmitt gibi bir hukukçunun Nazi Dönemi Almanya’sında “her nedense” üzerine eğildiği, ele aldığı konuların başında gelir ve bu manada onu bir yönetim paradigması olarak algılamak çok da yanlış olmaz. Üstüne çok şey yazılmamış olmakla birlikte, modern kamu hukuku alanındaki önemli kuramlardan biridir istisna hali ve devletin kriz halinde takınacağı tavrın somut ifadesidir. Bu bağlamda, istisna hali, hukuki olanla siyasal olan arasındaki kesişme noktasıdır. Başka şekilde ifade edilirse, devletin inşa ettiği hukuk düzeni ile hayat arasındaki ara bölgedir. Lakin halin kendisi hukukun yaratımıdır. Bu yaratım, savaş hukuku gibi özel bir hukuki biçimle değil, hukuk düzeninin yine hukuk tarafından askıya alındığı bir hal olarak ortaya çıkar³⁸.

İstisna hali her ne kadar Roma hukuku kaynaklı olsa da, onu bir kuram olarak ortaya koyan ya da kurucu babası Carl Schmitt’dir. Kuramın tarihsel kökeninde Roma hukukun olduğunu bilen Schmitt, bu sebeple istisna hali üzerine yazılanların, yapılan tartışmaların da farkında olarak, kuramını Roma hukuku üzerinden oluşturur. Takvimler 1921 yılını göstermektedir.

Yukarıda da açıklandığı gibi, tumultus’un baş göstermesiyle başlayan süreçte iustitium kurumunun hayat bulması ile ortaya çıkan istisna hali, birçok açıdan tartışmalıdır. İstisna halini daha iyi

³⁷ Bu konuya ilişkin görüşler şu eserde yer almaktadır: *Saygılı, A.: Kutsallık ile Rasyonellik* Sarkacında Devlet, İmaj Yay., Ankara 2014, s. 74-81.

³⁸ *Agamben, İstisna Hali*, s. 13.

anlayabilmek ve tartışmanın içine dâhil olabilmek adına şu soru sorulabilir: *bu halin nedir temel niteliği?*

Bir görüşe göre, istisna hali, hukuk düzenine aittir ve bu düzen üzerinden anlaşılmalıdır. Bu düzen pozitif hukuktan ayrı düşünülemez ve hatta onun bütünüleyici bir parçası, bir zorunluluk sonucu ortaya çıkmasıdır. Özerk bir hukuk kaynağı olarak görülen istisna hali, devletin kendini korumasına yönelik doğal ya da anayasal bir hak olarak rağbet görür bu görüşün müelliflerince.³⁹ Bu görüş, öznel istisna hali kuramı şeklinde adlandırılır.

Tartışmanın karşı yakasındakiler ise, istisna halini hukukun dışında, siyasal olana ait olarak anlama eğilimindedirler. İstisna halinin hukuk dışılığı onun temelini oluşturan *zorunluluğun* hukuk dışılığından gelir. Nesnel istisna hali kuramı olarak adlandırılan bu yaklaşım, hukukun dışına çıkıldığı hallerde, eylemden sorumluluk doğabileceğini ileri sürer.

Oysa iki kuram da istisna halini açıklamaktan uzaktır. İstisna hali, hukukun ne içinde ne de dışındadır. Ne o bölgede ne de bu bölgededir. Çünkü istisna hali, “ne o, ne de bu bölgesine” aittir. Normun askıya alınması onun ortadan kaldırıldığını göstermez, aksine bir yasadızlık bölgesinin var olmasıyla sonuçlanır. Bu yasadızlık bölgesi, hukuk düzeniyle bağlantısız olamaz, onu kuran hukukun kendisidir çünkü⁴⁰.

Şu halde, yukarıdaki görüşlere bakıldığında, her iki görüşün de *zorunluluk* noktasından hareket ettiği görülür. O halde zorunluluğun ne olduğu sorusunu sormanın zamanı gelmiştir.

Zorunluluk, nihayetinde, egemenin verdiği bir karardır. Ama bu kararın niteliğini tespit etmek gerekir, yani zorunluluğun yasayla ilişkisini. Latince ünlü bir deyim vardır: “Necessitas legem non habet”: zorunluluğun yasası yoktur. Gerçekten de öyle mi acaba? Zorunluluğun bir yasanın olmaması; onun *yasa tanımadığını* mı ifade eder, yoksa zorunluluğun *kendi yarasını* yarattığını mı⁴¹?

³⁹ Agamben, İstisna Hali, s. 32-33.

⁴⁰ Agamben, İstisna Hali, s. 33.

⁴¹ Agamben, İstisna Hali, s. 34.

Agamben'in aktardığına göre; “[z]orunluluk yasanın kaynağı değildir, yasayı askıya da almaz; zorunluluk, tekil bir vakayı normun lafzına göre uygulanmasının dışında bırakmakla sınırlıdır: ‘Zorunluluk halinde yasanın metni dışında davranan kişi, yasa hakkında değil, yasanın lafzına uyulmaması gerektiğini gördüğü tekil vaka hakkında hüküm vermiş olur (non iudicat de ipsa lege, sed iudicat de causa singulari, in quo videt verba legis observanda non esse)’.”⁴² O halde, her yasanın amacı insanların ortak esenliği için düzenlenmiş olmasıdır. Gücü ve gerekçesi de buradan gelir, dolayısıyla ortak esenliğe yönelmiyorsa bir yasa; zorlayıcı etkisini kaybeder. Zorunluluk halinde de zorlayıcı gücü kendiliğinden ortadan kalkar. Sebebi aşikârdır: ortak esenlik amacı tehlikeye girmiştir. Ama altını çok kalın çizgilerle çizmekte yarar var: burada yasa yok olmaz! Sadece somut bir olay için uygulanmaz. Bu somut olay vurgusu ortaçağın istisna hali için kabul edilir. Oysa modern istisna hali, yasanın gücünün yitimini sadece somut bir olayla bağlantılandırması ilkesini tersine çevirir. Modern istisna halinde zorunluluk artık yasanın nihai temeli ve kaynağıdır⁴³.

Şimdi Schmitt'e geri dönelim. Daha önce de söylediğimiz gibi takvimler 1921'i gösteriyordu. Schmitt, *Diktatörlük (Die Diktatur)* kitabında istisna halini diktatörlük figürü aracılığıyla sunar. Dictator'lük bir istisna halidir ve kendisini hukukun askıya alınmasıyla ortaya koyar. Fakat burada bir çizgi çizmekte yarar var. Dictator'lük Schmitt'in sandığı gibi bir istisna hali değildir. Yukarı da değindiğimiz gibi, dictator'lük bir imperium yetkisiyle ortaya çıkar. Bu da sınırsız bir yetkiyle donatılmış bir yöneticiye tekabül eder. Oysa yönetici istisna halinde iustitium kurumundan aldığı yetkiyle sadece yasaları askıya alır, sınırsız bir yetkiyle donatılmamış ve güçlü silahlara sahip kılınmamıştır. Her ne kadar, doktrinde yarı-dictator'lük yakıştırmaları yapılsa da iustitium kurumu ve onun ortaya çıkardığı istisna hali ile dictator'lük arasında ciddi farklar bulunur. Schmitt'in yapmaya çalıştığı anlaşılır bir şeydir: Amacı

⁴² Agamben, İstisna Hali, s. 35.

⁴³ Agamben, İstisna Hali, s. 36-37.

istisna halini tıpkı dictator'lük gibi hukuki alana çekebilmektir. Amma velâkin istisna hali, hukukun alanından kaçılmanın, yani yasadızlık bölgesinin oluşum halidir. Bu sebeple, Schmitt bu noktada bir hatanın içine düşer kolayca. Zaten Schmitt'i özellikli kılan taraf da budur; istisna halini hukuki bağlama yerleştirme çabası. Ancak Schmitt'in *Siyasi İlahiyat* kitabındaki bir cümlesi, onu paradoksal bir konuma sokar:

“Olağanüstü hal[istisna hali], anarşiden ve kaostan farklı bir şey olduğu için *hukuk düzeni değilse* de, hukuki anlamda *bir düzen* hala mevcuttur.”⁴⁴ (i.b.a.)

Hukuki anlamda onda hukuki bir düzen olmasa da! Demek ki, istisna hali, hukuk içine hukuk dışı bazı faktörlerin yerleştirilmesi halidir. Bir şey hukuki anlamda hukuki olarak kabul edilmemekteyse, o zaman hukuki olmayan bir anlamda nasıl hukuki kabul edilebilir. Mesela bir norm hukuk alanına ait bir normsa o kaynağına bakılmaksızın artık bir hukuk normudur. Hukuk alanına ait bir norm değilse zaten hukuk düzeninde değil, ait olduğu alanda bir norm olarak bir değere sahiptir. Bu paradokstan çıkış noktası, hukuk düzeninin askıya alınması olabilir ancak. Hukuk düzeni askıya alındığında, norm uygulamadan ayrılacak, böylece hukuka bir yasadızlık bölgesi yaratılmış olacaktır. Peki, bu nasıl sağlanacak? İşte bu durum, bir **karar** sayesinde olacaktır. Çünkü “egemen, olağanüstü/istisna haline **karar** verendir.”⁴⁵ (b.b.a.) Karar ise, norm ile normun uygulamasını birbirinden ayıran bir karardır.

Egemenin bulunduğu yer neresidir o zaman? O, geçerli olan hukuk düzeninin dışında kalır ve fakat yine de bu düzene aittir⁴⁶: hukuk düzenin hem içinde hem dışındadır; çünkü düzenin dışında olmasına rağmen anayasanın askıya alınıp alınmayacağına “düzen” içinde karar verendir.⁴⁷ Agamben'in diliyle ifade edilirse; “Egemen, hukukun geçerliliğini askıya alma konusunda yasal yetkiye sahip olmakla, kendisini yasal olarak

⁴⁴ Schmitt, C.: *Siyasi İlahiyat (Egemenliğin Kaynağı Üzerine Dört Bölüm)*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Dost Yay., Ankara 2002, s. 19.

⁴⁵ Schmitt, , s. 13.

⁴⁶ Agamben, İstisna Hali, s. 46.

⁴⁷ Agamben, Kutsal İnsan, s. 25.

hukukun dışında tutuyor. [...]’Hukuk kendisinin dışındadır’ ya da ‘Hukukun dışındaki egemen olarak ben, hiçbir şeyin hukukun dışında olmadığını[...] ilan ediyorum.’⁴⁸

Egemenin bu karmaşık durumunu Schmitt, Siyasal İlahiyat’ta çözmeye çalışır. Açıklamasının çıkış noktası,” istisna”dır:

“**İstisna**, hukuk kurallarının geçerli olabileceği bir durumun yaratılması söz konusu olduğunda mutlak haliyle ortaya çıkar.[...] Kurallar homojen bir ortam gerektirir. [...] Kaosa uygulanabilecek hiçbir kural yoktur. Hukuk düzeninin anlamlı olabilmesi için düzenin tesis edilmesi gerekir. Düzenli bir durum yaratılmalıdır ve işte egemen, böyle bir durumun gerçekte etkin olup olmadığına karar veren kişidir. Bütün yasalar ‘durumsal yasa’lardır. Egemen, söz konusu durumu bir bütün olarak ve her şeyiyle yaratan ve garanti eden kişidir. Nihai karar üzerinde tekel sahibidir.[...] Devlet otoritesinin özünü en açık biçimde ifşa eden şey hüküm vermedir.”⁴⁹ (b.b.a.)

Şu halde, istisna hali ile pozitif hukukun ilişkisi önem kazanır. Hiç tartışmaya girmeksizin söylenirse, istisna, pozitif hukukun üstündedir. Ama bunu hukuk açısından açıklamak çok kolay olmasa gerekir.⁵⁰ Fakat yine de düşüncenin içinden yürütülecek mantıkla şu sonuca ulaşılabilir: İstisna, pozitif hukuku askıya alıyorsa, zaten onu aşan aşkın bir içeriğe sahiptir ve onun üzerindedir. Dolayısıyla, pozitif hukuk kendisini askıya alan bir egemen istisnaya karşı koyabilecek güce sahip olamaz. Roma hukukunun bir kurumunun -iustitium- ve onun ortaya çıkardığı halin modern açılımı böyledir. Aslında yakından bakıldığında, aralarında her ne kadar farklılıklar olsa da, modern istisna halinin özü Roma hukukundadır. Zira aksi halde, çok uzun yüzyıllar önceki bir kurum, hukukçuların gündeminde bu kadar yer etmez, kuramlarını oluşturmak için Roma hukukunu bu denli dikkate almazlardı. Kanımızca, iustitium kurumu, hala

⁴⁸ *Agamben*, Kutsal İnsan, s. 26.

⁴⁹ *Schmitt*, s. 13.

⁵⁰ *Agamben*, Kutsal İnsan, s. 28.

capcanlı ayakta durmaktadır. Hem de cumhuriyet dönemindeki en saf haliyle. [Pozitif] hukuk, tıpkı Roma'da olduğu gibi hâlâ askıda durmaktadır. Ve Roma hukuku da dimdik ayakta...

SONUÇ

Roma hukuku, tarihin belli bir zamanında var olmuş ve sonrasında imparatorluğun çöküşüyle kara kaplı sayfalarda kalmış, üzerine ölü toprağı serpilmiş bir hukuk değildir elbet. Bilakis Roma hukuku Avrupa hukukunun temeli ve hatta onun hazırlayıcısıdır. Dolayısıyla, Avrupa'nın bugününü, hukuksal yapısını ve onda mündemiç olanları anlamak, ancak Roma hukukunu ve kurumlarını anlamaktan geçer. Bu bir iddia gibi gelebilir ilk başta. Oysa derinlemesine bir analiz iddianın ötesine taşır bizleri ve çoğu kez hayretler içinde bırakır. Günümüz Anayasalarında yer alan olağanüstü hal usullerinin kökeninin Roma'da olduğunu fark ettiğimiz vakit, bir gerçeklikle yüzleşmek zorunda kalırız: Modern devletin üzerinde bir hayalet dolaşmakta: Roma hukukunun hayaleti...

İşte bu hayaletin belki de en az bilineni ve fakat en canlı olanı iustitium kurumudur. Doktrinde devlet kavramının 1500'lerden başlatıldığı-modern devletin doğuşu-düşünüldüğünde; iustitium kurumunun varlığını açıklamak kolay olmaz. Lakin modern devlet, çok iddialı bir söylemle, Roma hukukuna sıkı sıkıya sarılmış devlet olarak anlaşılabilir. Sırf iustitium kurumunun ortaya çıkardığı istisna halini bile okumak, bu iddiaya güçlü bir açılım sağlar.

Kurum cumhuriyet dönemi Roma'sında önemli işler görmüş, sadece hukuksal olarak var olup da uygulanmayan bir kurum olmamış; aksine devletin bekası tehlikeye girdiğinde en güvenilir kurum haline gelmiştir. Iustitium sürekli işleyen bir kurum değildir. Bir nevi uykuya yatırılan ve tehlike hasıl olduğunda derhal uyandırılan bri kurumdur. Bu da onu özellikli kılar. Roma'nın düşmanlarına karşı güçlü bir silah; her zaman ateşlenmeyen, ama namlunun ağzında mermisiyle hazır bekleyen bir silah. Modern devlet teorisyenleri bunu bilerek mi kurumu aldılar, tespit etmek zor. Fakat kurumun ve onun yarattığı halin, modern dönemde gerek hukuken gerek uygulama açısından varlığını tespit etmek zor değil.

Anayasalara ve gündelik siyasete baktığımızda; sanki bir zaman makinesiyle Roma'ya ışınlanmışız da orada bu tartışmalar yapıyormuşuz algısına kapılmıyor değiliz. Romalıların bir atasözünde şöyle der: “söz uçar, yazı kalır”. Roma’da sadece söz uçmamış, oysaki kurumlar da zamanın tozları içinden uçup gelirmiş. Ne de olsa her yol Roma’ya çıkar diye boşuna kelimememiş eskiler.

KAYNAKÇA

- Agamben, Giorgio :**İstisna Hali**, (Çev. Kemal Atakay), İstanbul 2006.
- Aganben, Giorgio :**Kutsal İnsan**, (Çev. İsmail Türkmen), İstanbul 2001.
- Appel, Hanna, “Some Remarks on the Legatio at Hennam”, **Studia Lesco Mrozewicz**, Poznań 2011, 11-15.
- Berger, Adolf :**Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, Philadelphia 1953.
- Burdese, Alberto : **Manuale di diritto pubblico romano**, Torino 1998.
- Karadeniz Çelebican, Özcan: **Roma Hukuku**, Ankara 2014.
- Lobrano, Giovanni: Il potere dei tribuni della plebe, Milano 1983.
- Nissen, Adolph: **Das Justitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte**, Leipzig 1877.
- Rainer, J. Michael: **Einführung in das römische Staatsrecht**, Darmstadt 1997.
- Saygılı, Abdurrahman: **Kutsallık ile Rasyonellik Sarkacında Devlet**, İmaj Yay., Ankara 2014.
- Schmitt, Carl: **Siyasi İlahiyat-Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Dost Yay., Ankara 2002.
- Sueton Tranquillus, C.: **Das Leben der römischen Kaiser**, (Hrsg. und übersetzt von Hans Martinet), Düsseldorf 2001.
- Umur, Ziya: **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul 1975.

DEMOKRATİK TOPLUMDA BİLGİNİN ÖNEMİ VE BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNU

Dr. Osman AĞIR*
Dr. Aydın TURHAN**

ÖZET

Günümüzde öne çıkan en önemli değer bilgidir. Sanayi toplumu sonrası ortaya çıkan bugünkü toplum biçimi “bilgi toplumu” olarak adlandırılmaktadır. Bu toplumda refah oluşturunun temeli bilgi olup, daha fazla demokrasi ve insan hakları, devletin halk için var olduğu gerçeği ve vatandaşının isteklerine duyarlı olması gerektiği genel kabul görmektedir. Türkiye’de son dönemde, idarenin her türlü faaliyetinde vatandaşlara bilgi verilerek kamusal faaliyetlerin topluma açık bir hale getirilmesi yönünde çalışmalar yapılmaktadır. Bu kapsamda Bilgi Edinme Hakkı Kanunu hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur. Bu makalede; bilgi ve bilgi yönetimi kavramları ile günümüz medeni toplumlarında bilginin önemi açıklanmış; Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ele alınarak, Türkiye’de vatandaşların kamu kurumlarından bilgi edinme yollarına ve uygulamada karşılaşılan sorunlara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bilgi, Bilgi Edinme, Bilgi Edinme Kanunu, Demokratik Toplum

*Malatya Valiliği, osmanagir@hotmail.com

**Artvin Cumhuriyet Başsavcısı, turhanayd@hotmail.com

THE IMPORTANCE OF INFORMATION IN DEMOCRATIC SOCIETY AND LAW ON THE RIGHT TO INFORMATION

ABSTRACT

Today the most precious asset is information. Today's society, which is seen as the successor to the post-industrial society, is also known as "information society." In this society the information is the principal aspect in creating wealth. It is generally admitted that more democracy and human rights will be followed in the information society. The state should exist for the benefit of its citizens and be sensitive to their demands. In Turkey there have been some developments in which the government may inform the citizens about all its activities to make them more transparent. Therefore, the Turkish Law on the Right to Information has been put into force. In this article, information and information management definitions and the importance of information in civilized societies are explained. Moreover, evaluating the Law on the Right to Information, the manner in which the citizens acquire information and the problems encountered during implementation of the law in Turkey are addressed.

Keywords: Information, Acquisition of Information, Turkish Law on the Right to Information, Democratic Society

1. GİRİŞ

Çağımızda köklü bir değişim süreci yaşanmakta olup; bilim, kültür, teknoloji, siyaset, sosyal ve ekonomik yapılarda sürekli bir değişim ve dönüşüm söz konusudur. Bu süreçte, hem insanlar arasındaki, hem de devletler arasındaki ilişkilerde "bilgi" en önemli unsur haline gelmiştir. Değişimin ve gelişimin en önemli ögesi hiç kuşkusuz bilgidir. Küreselleşme süreci ile birlikte artık bilgi hâkimiyet kurma, kendisine bağımlı kılma ve istenileni yaptırmanın

aracı haline gelmiştir. Elindeki bilgileri kullanarak yeni bilgiler üretenler günümüzde daima bir adım önde yer almaktadırlar.

Bilgiye olan ihtiyaç insanlığın tarihi kadar eskidir. İlkel toplumdan tarım toplumuna, oradan da sanayi toplumuna geçiş belli teknolojilerin kullanımı sayesinde gerçekleşmiştir¹. 1990’lardan sonra bilgi teknolojilerinin gelişmesiyle gerek toplumsal gerekse ekonomik alanlarda köklü değişimler ve dönüşümler yaşanmış ve yaşanmaya devam etmektedir². Bu dönemde, demokrasi, insan hakları, şeffaf yönetim vb. kavramlar ön plana çıkmıştır. Demokratik yönetimlerde halkın bilinç düzeyi artmış, bunun sonucunda da yönetenlerin hesap verebilirlikleri gündeme getirilmiştir. Türkiye’de de demokratik gelişimlerin sonucu olarak devlet vatandaşını bilgilendirme sorumluluğuyla hareket ederek Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nu (BEHK) yürürlüğe koymuştur.

Kuşkusuz ki kanun çıkarılmış olması gereksinim duyanların kamu kurum ve kuruluşlarından istedikleri bilgileri hiçbir zorlukla karşılaşmadan edinebilecekleri anlamına gelmemektedir. Bürokrasinin işleyiş şekli ve halkın önemli bir bölümünün hak arama bilincinden yoksun oluşu, BEHK’nun sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesini zorlaştırmaktadır. Batı toplumlarında sanayileşme ile birlikte yavaş yavaş toplumsal yapı da gelişmiştir. Yani alt ve üst yapı kurumlarının birlikte ve dengeli bir şekilde gelişmiş olduğu söylenebilir. Türkiye’de ise durum biraz farklıdır. Sanayileşmesini zamanında gerçekleştiremediği için bilgi toplumuna geçiş süreci de vatandaşlardan gelen isteklerin doğurmuş

¹ Çevik, Merve, “Bilgi Toplumu: ‘Network Cities’ Yaklaşımı ve Enformasyon Toplumu Sosiolojisi”, 2010, <http://www.planlama.org/index.php/aratirmalar/makaleler/1549-bilgi-toplumu-network-cities-yaklam-ve-enformasyon-toplumu-sosiolojisi>, Erişim Tarihi: 21.08.2014.

² Kaya, Muammer, “Bilgi Toplumu Geçiş/Dönüşüm Sancıları”, (2006), s.1, <http://www.turkstudent.net/content/article/6208/bilgi-toplumuna-gecis-donusum-sancilari.html>, Erişim Tarihi: 28.03.2014

olduğu zorunluluktan ziyade, yasal metinlerle ortaya çıkmıştır. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, vatandaşa bir hak verirken devleti de yükümlü kılmaktadır. Hem kamu kurum ve kuruluşlarının, hem de vatandaşların, bu demokratik hakkın yaşama geçirilmesi noktasında, demokratik bilinçle hareket etmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada; bilgi ve bilgi yönetimi kavramları ile günümüz medeni toplumlarında bilginin önemi açıklanmış; Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ele alınarak, Türkiye’de vatandaşların kamu kurumlarından bilgi edinme yollarına ve uygulamada karşılaşılan sorunlara değinilmiştir.

2. BİLGİ KAVRAMI, DEMOKRASİLERDE BİLGİNİN ÖNEMİ VE BİLGİ TÜRLERİ

Bu bölümde bilgi ve bilgi yönetimi kavramları açıklanmış, demokratik toplumlarda bilginin önemine yer verilerek, bilgi türlerine değinilmiştir.

2.1. Bilgi ve Bilgi Yönetimi Kavramları

Bireysel açıdan bilgi, insanın geçmişte öğrendikleri ile deneyimlerinin bir toplamıdır. İnsanlar arasındaki iletişim ile oluşan enformasyon akışı, bilginin yaratılmasını sağlayacaktır. Deneyim, yargı, değerler, inançlar ve sezgi; bilgiyi oluşturan bileşenlerdir³.

Günümüzde bilgi, çok farklı kategorilere ayrılmakta, yüklendiği değerler yönüyle çeşitli gruplar altında değerlendirilmektedir. Bu gruplardan ilkinin, bileşenlerini ve bilginin kendisini ifade etmek için kullanılan veri, insan ya da makine tarafından yazılmış sembolleri ve enformasyonu tamamlayan parçaları ifade etmektedir. Verilerin bir araya getirilmesi ile oluşturulan anlamlı semboller ise enformasyon olarak tanımlanmaktadır. Enformasyon genellikle, bireyler veya kurumlar tarafından bir sorunun çözümü, herhangi bir çalışmanın başlatılması ya da bitirilmesi gibi faaliyetler sonucunda ortaya çıkarılan verilerin

³ Atılğan, Doğan, “Bilgi Yönetimi Kavramı ve Gelişimi”, *Türk Kütüphaneciliği Dergisi*, C:23, S.1, 2009, s:202.

bütünü ifade etmektedir. Bilgi ise herhangi bir konuda insanların kendi alanlarında edindikleri enformasyonu yorumlayarak elde ettiği kararlar ve yeteneklerdir⁴. Bir başka ifade ile enformasyon, daha çok verilerin çaba sarf etmeksizin düzenli gruplar içerisinde sınıflandırılmış şekli olarak tanımlanabilir. Buna karşın bilgi, bireylerin uzmanlık ve tecrübelerine dayanan, daha çok zihinlerde saklı bulunan, çeşitli enformasyon kaynaklarının yorumlanmış seklidir. Aynı zamanda bilgi, belirli gerekçelerle bir araya getirilmiş enformasyonun bireylerin tecrübe ve uzmanlıkları ile birlikte farklı yapılara dönüştürülmesi şeklinde ortaya çıkar. Enformasyon, çeşitli verilerin farklı gruplar içinde düzenlenmesi ile; bilgi ise çeşitli enformasyon kaynaklarının farklı bir yapıya dönüştürülmesiyle elde edilir⁵.

Uygarlığın temeli olan bilgi, tarihsel süreç içerisinde değişik biçimlerde ortaya çıkmıştır. Kil tabletlerden papirüs rulolarına, basılı materyallerden elektronik ortama ulaşmıştır. Toplumlar tarih boyunca bilgi iletiminde de değişik araç ve yöntemler kullanmışlardır. Kültür hayatına kağıdın girmesi ve matbaanın icadı ile sözlü kültürden yazılı kültüre geçilmiştir. Yazılı kültürün gelişimiyle toplumlar bilgi iletişimlerini basılı yayın organlarıyla daha etkin bir şekilde yapmışlardır. Yüzyıllar önce Bacon'ın dediği gibi “bilgi güçtür”; ancak bunu “kullanılan ve üretime katkı sağlayan bilgi güçtür” şeklinde değiştirmek mümkündür. Çünkü durağan kullanılmayan sadece bilgi kaynaklarında kayıtlı şekilde duran bilgi güç değildir⁶. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda ise bilgi,

⁴ Odabaş, Hüseyin, “Bilgi Yönetimi Sistemi” Bilgi Çağı Bilgi Yönetimi ve Bilgi Sistemleri, (Ed.:Coşkun Can Aktan ve İstiklal Y. Vural), Çizgi Kitabevi, 2005, Konya, s.3.

⁵ Odabaş, Hüseyin, Bilgi Yönetimi, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/publication>, 2006, s.2, Erişim Tarihi: 28.03.2010

⁶ Atılğan, Doğan, Demokratikleşme Sürecinde Halk Kütüphaneleri, *Türk Kütüphaneciliği Dergisi*, C:17, S.4, 2003, s:381.

kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan bu kanun kapsamındaki her türlü veri olarak tanımlanmıştır⁷.

Bilgi yönetimi, eğitim, öğrenim ve deneyimlerin kurumsal faaliyetlere yansması sonrasında oluşan bireysel ve kurumsal, kayıtlı ya da kayıtlı olmayan her türlü bilgi kaynağının belirlenmesi, tanımlanması, yönetilmesi ve paylaşılması işlemlerini organizasyonun yapısına göre uyarlayan ve uygulayan yönetim biliminin bir alanıdır⁸. Başka bir deyişle bilgi yönetimi, kayıtlı olmayan bilgilerin kaydedilmesini, kayıtlı olanların ise erişilebilir olmasını mümkün kılacak düzenlemeleri içermektedir. Bilgi yönetimi ile, kurumsal düzeyde gerçekleştirilmek istenen birçok amaç bulunmaktadır. Söz konusu amaçlardan en önemlisi, örtük bilginin açık bilgiye, açık bilginin ise daha açık bilgiye dönüştürülmesidir. Bu, bir anlamda kayıtlı olmayan bilgilerin kayıt altına alınmasını, kayıt altına alınanların da erişilebilir olmasını ifade etmektedir⁹.

2.2. Demokratik Topumlarda Bilginin Önemi

Demokrasi, sadece insanın insanla değil, insanın toplum ve devletle olan ilişkisini diğer siyasi sistemlere göre en fazla koruyan ve teminat altına alan bir rejimdir. Diğer bir ifadeyle demokrasinin ayırt edici özelliği, bütün kurum ve kurallarının bireyi, birey hak ve özgürlüklerini tanımlayışında yatmaktadır¹⁰.

Birey açısından demokrasinin açık ve net bir tanımı yapılabilecek olursa; bir toplumda birey hakkını korkusuzca arayabiliyor ve elde edebiliyorsa, o toplumda demokrasiden söz

⁷<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>, 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Erişim Tarihi: 17.01.2014.

⁸ Odabaş, 2006, s.3.

⁹ Odabaş, 2005, s.4.

¹⁰ Ural, Şafak, Demokrasi Kavramı, Toplumsal Değerler ve Birey, 1988, s.452, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/743/9508.pdf>, Erişim Tarihi: 28.03.2010

edilebilir¹¹. Demokratik rejim, değişen dünya koşullarına ve toplumun sorunlarına cevap verebilmek ve bu sorunların üstesinden gelebilmek için sürekli yenilenmek ve değişime ayak uydurmak zorunda olan bir yönetim sistemidir¹².

Bilgi ve teknolojiye meydana gelen büyük değişimlerin insanlığı sanayi toplumunun uğradığından çok daha köklü değişim ve dönüşümlere uğratacağı belirtilmektedir. Günümüzdeki teknolojik devrimin diğerlerinden temel farkı, bilginin odak haline gelmesidir. Bilgi hem bir hammadde hem de çıktı haline gelmiş bulunmaktadır¹³.

Bilgi toplumunun, teknoloji ve bilgi temelinde şekillenen ve itici gücünü küreselleşmenin dinamizminden alarak gelişme gösteren sanayi sonrası toplum biçimi olduğunu da söyleyebiliriz. Bilgi toplumunda temel kaynak bilgi; bilgi toplumunun gelişmesini sağlayan faktör ise bilişim teknolojileridir. Bu noktada, sanayi toplumunda refah yaratmanın temel unsuru olan sanayi sektörü yerini gitgide bilgi sektörüne bırakmaktadır¹⁴. Bilgi toplumlarında insan ön plana çıkmakta ve insanın birey olarak zevk ve tercihleri öncelik taşımaktadır¹⁵. Bilgi çağını yaşayan bugünkü toplumlar ve toplumda yaşayan bireyler için bilgi, anahtar işlevini görmektedir. Yaşanılan her çağa damgasını vuran bilgi; insan gücü, maddi kaynak, materyal ve enerji gibi sektörler dikkate alınarak kalkınmışlık ölçütü olarak kabul edilmektedir¹⁶.

Devletle birey ve bürokrasi ile siyasal iktidar arasındaki ilişkilerde önemli değişiklikler ortaya çıkmıştır. Bireyin devlet

¹¹ Ural, s.454.

¹² Arslan, Rıza, Siyasi Sistem Önerisi, Vipaş Yayınevi, Bursa, 2001, s.15-16.

¹³ Al, Hamza, (2002), Bilgi Toplumu ve Kamu Yönetiminde Paradigma Değişimi, Bilim Adamı Yayınları, Ankara, 2002, s.69

¹⁴ http://www.kav.org.tr/bilgi_toplumu_sempozyumu.aspx, Erişim Tarihi: 31.03.2010

¹⁵ Kaya, s.1.

¹⁶ Sağsan, Mustafa, Gelişmişliğin Vazgeçilmez Unsuru: Ulusal Bilgi Politikası, 2010, s.1, <http://strateji.cukurova.edu.tr/BILGI/01.htm>, Erişim T: 28.03.2014.

karşısındaki konumunda, bazı alanlarda vatandaşlıktan müşteriye doğru geçildiğine yönelik tartışmalar bulunmaktadır. Bunun yanında küreselleşme ile beraber geleneksel ulus devlet modelinin yoğun olarak sorgulanması gündeme gelmiştir. Toplumların uluslararası ölçekte paylaşılabilecekleri insan hakları, hukuk devleti, piyasa ekonomisi gibi değerler giderek artmaktadır. Bu da küresel düzeyde yönetişimi ve onun kurumlarının oluşumunu gündeme getirmiştir¹⁷.

İçinde yaşadığımız bilgi çağında, bilgi ve bilgiye erişimin önemi yadsınmaz bir gerçektir. Bilgi; erişimin doğru, güncel ve gereksinim duyulduğu anda gerçekleşmesi ise karar alma sürecinde önemli bir rol oynamaktadır¹⁸.

Bilgilenme hakkı, modern demokrasilerin ayırt edici bir özelliğidir. Bilgilenme hakkı veya yasadaki ifadesiyle bilgi edinme hakkı da idarenin saydamlığı açısından bulunması zorunlu bir haktır. İyi idare gerçek bir siyasal sistemdir. Bu sistem de saydam yönetimdir. Saydam yönetimin varlığı ise bireysel bilgilenme hakkının varlığına ve sır kavramının sınırlandırılmış olmasına bağlıdır¹⁹.

Bilgi teknolojilerinin gelişmesi ve insanların bilinç düzeylerinin artmasıyla birlikte toplumların yapısında birtakım değişiklikler meydana gelmiştir. Yeni dönemde artık daha fazla demokrasi ve insan hakları, devletin halk için var olduğu gerçeği ve vatandaşının isteklerine duyarlı olması gerektiği genel kabul görmektedir. Türkiye’de son dönemde yasal yönden önemli değişiklikler yapılarak kamu yönetiminde açıklık ve şeffaflık ilkeleri hayata geçirilmeye çalışılmaktadır. İdarenin her türlü

¹⁷ Al, s.14.

¹⁸ Atılğan, 2009, s.202.

¹⁹ Şavran, Yasemin, Bilgi Edinme Hakkı ve İdarenin Bilgi Verme Yükümlülüğü, 2006, s.14, (Kocaeli Ün. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

faaliyetinde vatandaşlara bilgi vermesi, kamusal faaliyetlerin topluma açık bir hale getirilmesi beklenmektedir.

2.3. Bilgi Türleri

Organizasyonlar için iki tip bilgiden söz edilebilir: Bunlardan ilki örtük bilgi diğeri ise açık bilgidir²⁰. Bununla birlikte bilgi, içeriğine göre bireysel ve kurumsal olarak ikiye ayrılmaktadır. Bireysel bilgi, kurumsal bilgi tabanının gelişmesi için gerekli olan kişisel bilgi, beceri ve yeteneklerden oluşmaktadır. Kurumsal bilgi ise bireysel bilgilerin toplamının yanı sıra, diğ er organizasyonlar tarafından kolayca taklit edilemeyecek şekilde insan, teknoloji ve yönetim ilkeleri arasında üretilen bilgi kaynaklarını ifade etmektedir. Bu bilgilerin diğ er kurumlar tarafından taklit edilmesi zordur çünkü söz konusu üç unsur arasında oluşturulan etkileşim, kurumun kendine özgü tarihini ve kültürünü yansıtmaktadır²¹. Bu çalışmada bilgi türleri örtük bilgi ve açık bilgi olmak üzere ikili bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur.

2.3.1. Örtük Bilgi

Örtük bilgi, çalışanların uzmanlık ve deneyimleri sonucunda oluşan, kayıtlı olmaksızın yalnızca bireylerin zihinlerinde yerleşik olan bilgilerin yanı sıra herhangi bir şekilde kayıtlı ancak erişime kapalı olan bilgileri de ifade etmektedir. Bu bilgi türünün potansiyel kaynaklar arasında değerlendirilerek ortaya çıkarılıp üretime yararlı hale getirilmesi sağlanmalıdır. Yalnızca bir kişinin ya da birimin bildiği bilgilerin pek çok kişi ya da birimle paylaşımını başarmak, bilgi yönetimi ile varılmak istenen temel hedeftir. Bu bakımdan örtük bilgi oranının mümkün olduğu kadar az olması için çaba sarf edilmelidir²².

Kişilerin zihinlerinde olan, bildikleri ancak çoğu zaman ifade edemedikleri bilgiye “örtük bilgi” adı verilmektedir. Örtük bilgi

²⁰ Atılğan, 2009, s.204.

²¹ Odabaş, 2005, s.4.

²² Odabaş, 2006, s.6.

çok farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bu tanımlardan bazılarına yer verecek olursak: Celep ve Çetin “insan hafızasında yer alan; ancak yapılandırılmış kayıt altına alınmış olmayan bilgi” olarak tanımlamakta, Lee ve Yang ise “Örtük bilgiyi tamamen açıklanamayan ve sadece uzun bir çıraklık sürecinden sonra bir kişiden diğerine geçen bilgi olarak tanımlamaktadır. Örtük bilgi aynı zamanda kişinin inançları, değerleri, hisleri, kabiliyetleri, tecrübeleri ve alışkanlıklarıyla da bağlantılıdır²³.

2.3.2. Açık Bilgi

Örgütte çalışan her bireyin ulaşip kullanabildiği bilgi türü açık bilgi olarak nitelendirilmektedir. Bilgi yönetimi ile varılmak istenen asıl hedef, örgütlerde bu tür bilgi birikiminin oranını artırmaktır. Örgütte pek çok bireyin bildiği ancak, bir ya da birkaç kişinin bilmediği bilgi ise kör bilgi olarak değerlendirilmektedir²⁴.

Açık bilgi, örtük bilgiye göre daha kolay söylenebilen, iletilen ve bireyler/organizasyonlar arasında kolayca aktarılabilen bilgilerdir. Açık bilgiler, formüller, ders kitapları veya teknik belgelerde yer almaktadır. Açık bilgi, el kitapçığı veya standart faaliyetlerden kolayca elde edilebilir ve öğretilen dersler veya kişisel okunan kitaplar ile paylaşılabilen ve organizasyonun felsefesi ve stratejisindeki gibi iş yöntemleri biçimini almaktadır²⁵.

3. BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNU

1990’larda kendisini iyice hissettiren küreselleşme süreci ile birlikte klasik ulus devletlerin yapılarında ve yönetim anlayışlarında birtakım değişiklikler söz konusu olmuştur. İletişimin hızlı bir şekilde gelişmesi ve ekonomik ilişkilerde yeni bir sürecin başlaması ile birlikte geleneksel kamu yönetimi anlayışları terk edilerek modern yönetim sistemleri benimsenmeye başlanmıştır.

²³ Atılğan, 2009, s.205.

²⁴ Odabaş, 2006, s.6.

²⁵ Atılğan, 2009, s.205.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de kabul edilip uygulanması, yönetime katılan ve yönetimi denetleyen bireyleri ortaya çıkarmıştır. Şeffaflığın araçlarından biri olan bilgi edinme hakkıyla birlikte kamu kurum ve kuruluşlarının üzerine düşen görevler de artmıştır. Bugün çağdaş demokrasilerde, idarenin yaptığı iş ve işlemlerden sadece idarenin istediği veya izin verdiği kadarının bilinmesi değil, kişilerin gereksinim duyduğu bilgi ve belgelere ulaşabilmesi söz konusudur²⁶. Bilgi özgürlüğü ya da bilgi edinme hakkı hem çok eski ve bilinen anayasal kavramların bir devamı, hem de çağın ortaya çıkardığı yeni anayasal ve yönetsel gereksinimlerin sonucu oluşan yeni bir kavramdır²⁷.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun birinci maddesinde kanunun amacı; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olarak belirtilmiştir. Kanun'un ikinci maddesinde ise kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanacağı vurgulanmıştır²⁸.

Şeffaflık ve açıklık gibi iki önemli unsuru temelinde barındıran Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun iki ayrı yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki; kurum ve kuruluşların “bilgi verme ödevi”, ikincisi ise; vatandaşların “bilgi edinme hakkı”dır²⁹. Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü

²⁶ Yüksekli, Başak, Bilgi Edinme Hakkı Yasası'na Göre Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Görevleri, 2008, s.i, (Kırıkkale Ün. SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

²⁷ Yaşamış, D. Firuz, “Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı”, 2004, s.1, http://www.bilgiedinnehakki.org/doc/Anayasa_Hukuku_ve_Insan_Haklari_Acisindan_Bilgi_Edinme_Hakki_F_Yasamis.pdf, Erişim Tarihi: 28.03.2014

²⁸ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>, Erişim Tarihi: 17.01.2014.

²⁹ Yüksekli, 2008, s.18.

bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlü kılınmışlardır³⁰.

Kamu Kurum ve Kuruluşları başvuru üzerine istenen bilgi veya belgeye erişimi on beş iş günü içinde sağlamak zorundadırlar. Ancak istenen bilgi veya belgenin başvuru alan kurum ve kuruluş içerisindeki başka bir birimden sağlanması; başvuru ile ilgili olarak bir başka kurum ve kuruluşun görüşünün alınmasının gerekmesi veya başvuru içeriğinin birden fazla kurum ve kuruluşu ilgilendirmesi durumlarında bilgi veya belgeye erişim otuz iş günü içinde sağlanır. Bu durumda, sürenin uzatılması ve bunun gerekçesi başvuru sahibine yazılı olarak ve on beş iş günlük sürenin bitiminden önce bildirilir³¹.

Bilgi edinme başvurusuyla ilgili yapılacak itirazları incelemek, kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar vermek üzere; Başbakanlığa bağlı Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu oluşturulmuştur³².

Kanun, kurum ve kuruluşlarca yapılmış olan bazı işlemleri kapsam dışı bırakmıştır. Bunlar; yargı denetimi dışında kalan işlemler, devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler, ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgeler, istihbarata ilişkin bilgi veya belgeler, idarî soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler, adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler, özel hayatın gizliliği, haberleşmenin gizliliği, ticarî sır, fikir ve sanat eserleri, kurum içi düzenlemeler, kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler, tavsiye ve mütalaa talepleri gibi ayrıntısı yönetmelikte

³⁰<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>, Erişim Tarihi: 17.01.2014.

³¹<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>, Erişim Tarihi: 17.01.2014.

³²<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>, Erişim Tarihi: 17.01.2014.

belirtilmiş konuları kapsamaktadır³³. Bilgi edinme birimlerinde görevli personel, bilgi edinme başvurusunda bulunan kişilere yol göstermekle ve yardımcı olmakla yükümlü kılınmıştır³⁴.

AB mevzuatında da kamu görevlilerinin elinde bulunan resmi belgelere, istek üzerine, ırk ayırımı gözetilmeksizin herkesin erişebilmesinin garanti edilmesi vurgulanmaktadır³⁵. Bilgi edinme olgusu ya da süreci hem “özgürlük” ve hem de bir “hak” olarak nitelendirilebilir³⁶.

4. BİLGİ EDİNME KANUNU ÇERÇEVESİNDE KAMU KURULUŞLARINDAN BİLGİ EDİNME YOLLARI

Bilgi Edinme Kanunu ile birlikte vatandaşların kanundaki istisnalar saklı olmak üzere istedikleri bilgiye erişme hakkı sağlanmıştır. Bilgi Edinme Kanunu çerçevesinde bilgi edinme yollarını belirtmeden önce bilgi edinme hakkı ile ilgili olarak iki ayrı sistemi açıklamak faydalı olacaktır.

Birinci sistem bilgi edinmeyi idarenin takdirine bırakan sistemdir. Bilgi edinme hakkı ile ilgili olarak herhangi bir mevzuat yoksa bilgi verme veya alma idarenin takdir yetkisine bırakılmıştır. Bilgi edinmenin idarenin takdir yetkisine bırakılmasındaki amaç yönetimdeki açıklığı sınırlandırmaktır. Bu sisteme sahip olan ülkelerde, hangi tür bilgi ve belgelerin nasıl, ne zaman ve ne şekilde vatandaşın bilgisine sunulacağını tamamen idare belirlemektedir. Genel olarak yönetilenler, ilgili idarenin basın ve yayın organları aracılığı ile yapmış oldukları demeçler ile bilgi edinirler. Bu sistem vatandaşın bilgi edinmesi değil idarenin bilgi vermesi olarak adlandırılabilir. İdare vatandaşın bir hakkı olarak değil tamamen

³³ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>, Erişim Tarihi: 17.01.2014.

³⁴ <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/21826.html>, Erişim Tarihi: 17.01.2014

³⁵ http://www.bilgiedinnehakki.org.tr/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=0&Itemid=18&limit=9&limitstart=72, Erişim Tarihi: 22.01.2014

³⁶ Yaşamış, s.2.

kendi inisiyatifine bağlı olarak bir hakkı bahşetme, bağışlama olarak bilgi vermektedir. İdare edilenler, idarecilerin verdiği bilgi ve belgelerle yetinmek zorunda kalacaktır. Demokrasinin ve hukuk devletinin tam olarak uygulanmadığı ülkelerde bu sistem geçerlidir³⁷.

İkinci sistem ise bilgi edinmeyi idarenin takdirine bırakmayıp bir hak olarak düzenleyen sistemdir. Bu sistemde, vatandaşların istediği bilgi ve belgelere erişimi bir hak olarak düzenlenmiş olup, idare bu konuda mevzuatın saklı tuttuğu istisnalar hariç istenilen bilgi ve belgeleri vermek zorundadır. Bu sistemde bireylerin bilgi ve belgelere ulaşması ve açıklık kural, gizlilik ise istisnadır. Bu sistem de kendi içerisinde herkese açıklık ve taraflara açıklık şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Eğer bir bilgiden herkesin yararlanması öngörülüyorsa herkese açık olan bir sistem, sadece bilgi edinmek isteyen kişiyi ilgilendiren bir belge veya bilgi veriliyorsa sadece taraflara açık olan bir sistemden söz edilebilir. Bilgi ve belgelerin taraf gözetmeksizin herkese açık olduğu bir sistemin, kişilerin özel hayatını ilgilendiren bazı konuların açığa çıkmasına yol açabilmesi yönünden sakıncaları vardır. Örneğin, bireyin geçmişini ilgilendiren adli sicillerinin ve sabıklarının sadece kendilerinin bilmesi, başka kişilerin bu kayıtları öğrenmesi halinde kötüye kullanması söz konusu olabilir. Böylece bilgi edinme hakkı kötüye kullanılmış olur. Bu durumu gözeten yasa koyucu Adli Sicil Kanunu'nda sadece ilgilinin adli sicil ve sabika kaydını almasını öngörmüştür. Açıklanan bu nedenlerle, bizce en uygun olan sistem genel bilgilere herkesin ulaşması kaydıyla taraflara açıklık ilkesinin uygulandığı sistemdir.

Kamu kurumlarından bilgi edinmenin değişik yolları vardır. Aşağıda bu yollara değinilecek olup söz konusu hakla ilgili olarak kamu yönetiminde oluşturulan birimlere değinilecektir.

³⁷ Şavran, s.32.

4.1. Dilekçe Hakkı

Demokratik bir devlette, idarenin eylem ve işlemlerinde şeffaflık temel bir ilkedir. Şeffaflığın gerçekleşmesinin en önemli araçlarından biri dilekçe hakkıdır. Dilekçe hakkının kullanılması ile birlikte bireyler, kendileri veya başkaları ile ilgili sorunları yargı organları dışında devletin diğer organlarına başvurarak çözebilme hakkına sahip olmuşlardır.

Dilekçe hakkının ne zaman ortaya çıktığı konusunda kesin bir tarih verilemez. Ancak niteliği gereği dilekçe hakkının yönetici-yönetilen ayrımının ve ilişkisinin ortaya çıktığı ilk andan itibaren ortaya çıktığı söylenebilir.

Dilekçe hakkının, uygulandığı ülkedeki siyasi rejimle ve onun dayandığı hukuk sistemi ile yakın ilişkisi vardır. Avrupa'da derebeyliklerin yıkılışı ve merkezi devletlerin güçlenmesi ile mülk devleti anlayışı yerini polis devleti anlayışına bırakmıştır. Polis devletinde yönetenlerin hukuk kurallarına bağlı olmayıp yönetilen bireyler bilgi ve belge istediğinde devletin bilgi ve belge vermesi bir lütuf olarak görülmektedir. Faşist ve komünist sistemlerde de bireylerin haklarına saygı gösterme gibi bir düşünce olmadığından dolayı aynı anlayış geçerlidir. Ancak SSCB Anayasası'nda yer almamakla birlikte 1933 tarihli "Emekçilerin Başvurmalarına ve Gerekli Tedbirlerin İncelenmesine Dair SSCB Merkez İdare Komitesi Kararı"nda dilekçe hakkı düzenlenmiştir³⁸. Ülkemizde ise, demokratik devletlerin anayasalarında olduğu gibi, 1982 anayasasında dilekçe hakkına yer verilmiştir.

Dilekçe hakkı, 1961 ve 1982 Anayasalarında "siyasi haklar ve ödevler" bölümünde düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın 74. maddesi "...vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar, kendileriyle veya kamuyla ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük

³⁸ Kenan, Kenan, Türk Kamu Hukukunda Dilekçe Hakkı ve Kullanma Usulü, 2007, (Gazi Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.17.

Millet Meclisi'ne yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu gecikmeksizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir.” şeklinde düzenlenmiştir. Dilekçe hakkı bireylerin devlet yönetimine katılma hakkını sağladığı için aktif statü hakları da denilen birinci kuşak haklardan olup insan haklarının korunmasında önemli araçlardan biri olan hak arama özgürlüğü ve başvuru yollarından biridir.

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da dilekçe hakkının kullanımının usul ve esasları belirlenmiştir. Dilekçe hakkı, idareden cevap almak üzere bilgi edinmeyi, şikâyetle bulunularak idareyi denetlemeyi ve önerilerde bulunulmak suretiyle demokratik katılımı sağlamaktadır³⁹.

Yargı makamlarının görevine giren bir konu ile ilgili olarak yapılan başvurular dilekçe hakkı kapsamında değerlendirilmemektedir. Aslında bu hüküm kuvvetler ayrılığı sisteminin bir gereği olup aksi bir düzenleme yargının görev alanına giren bir konuda yürütmenin bir organı olan kamu kurumlarının görüş beyan etmesi şeklinde yorumları ortaya çıkarıp, bu durumda yargıya müdahale olarak nitelendirilebilir.

Bireylerin yaptıkları başvuruların sonucunda otuz gün içerisinde dilekçe sahiplerine gerekçeli olarak cevap verilir. Bu süre içerisinde cevap verilemediği takdirde dilekçenin akıbeti hakkında bilgi verilir. Dilekçenin ilgili olamayan bir makama gönderildiğinde başvuru makam ilgili makama dilekçeyi göndermek zorundadır. TBMM'de dilekçeleri incelemek ve cevap vermekle görevli Dilekçe Komisyonu oluşturulmuştur. Dilekçe Komisyonunda bir başvurunun cevaplanması ve karara bağlanması altmış gündür.

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi ile ilgili olarak Türk Ceza Kanunun 121. maddesinde cezai hüküm

³⁹ Şavran, s.74.

konulmuştur. Bu madde hükmüne göre, kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi halinde failin altı aya kadar hapis cezasına çarptırılacağı belirtilmiştir.

Dilekçe hakkı, bilgi edinme hakkının önemli bir parçasıdır. Dilekçe hakkı dolaylı olarak bilgi edinme hakkının en somut anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Bu nedenle bilgi edinme hakkı açısından dilekçe hakkı önemli bir haktır. Dilekçe hakkı sayesinde bireyler, kendileri veya başkaları ile ilgili olarak yargı organlarının denetimi dışındaki konular ile ilgili olarak bilgi edinip, belgelere ulaşabilmektedir.

4.2. Kamu Kurumlarının Bilgilendirmesi

Ülkemizde kamu kurumları, bireylerin haklarını ilgilendiren veya bireylerde merak uyandıran birçok işlem tesis etmektedir. Bireyler, bu işlemlerle ilgili olarak işlemi yapan kurumdan bilgi isteyebilir. Ancak bazı durumlarda işlemi yapan veya eylemi gerçekleştiren kamu kurumları resen harekete geçerek bireyleri bilgilendirebilmektedir. Bu bilgilendirme yöntemi genellikle ilgili mevzuattan kaynaklanmaktadır.

Kamu kurumları yaptıkları bir işlemle ilgili olarak o işlemin muhatabı olan kişinin bir hakkı kayboluyorsa bu konuyla ilgili olarak hakkı ihlal edilen kişiyi bilgilendirmek zorundadır. Örneğin, idare bir kişinin mülkiyet hakkı ile ilgili olan kamulaştırma işlemini yaparken ilgiliye haklarını savunması amacı ile kamulaştırmanın kapsamı, mülkiyet sahibinin söz konusu mülkiyeti ile ilgili olarak mülkiyetinin ne kadar kullanılacağı gibi bilgileri vermek zorundadır.

Kurumların bilgilendirmesi, 7201 sayılı Tebligat Kanunu ile düzenlenmiştir. Bir hakka ilişkin uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla açılan davalarda ve yürütülen soruşturmalarda ilgili olarak verilen kararlar Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilgili taraflara

tebliğ edilerek bu kararlardan ilgililerin bilgi edinmesi sağlanmak istenmiş böylece ilgililerin hakları korunmak istenmiştir.

Avukatlık Yasasının ikinci maddesine göre, kanunlardaki özel hükümler istisna olmak üzere, kurumlar vekâletname ibraz eden avukata istediği belgeleri vermek zorundadır. Bilgi edinme hakkı ile savunma hakkının kesiştiği bu düzenleme ile kurumlar bireylerin temsilcisi olan avukatlara bilgi ve belgeleri ulaşım imkânları sağlamak suretiyle bilgi edinme hakkının ifasını gerçekleştirmiş olmaktadır⁴⁰.

Kurumlar genellikle yaptığı işlem veya gerçekleştirdiği eylemlerle ilgili olarak bilgilendirme noktasında yazılı basın ve yayın organlarını kullanmaktadır. Yasama organı olan TBMM bir kanun çıkardığında bunun yürürlüğe girebilmesi için Resmi Gazetede yayımlanması gerekir. Kanunların Resmi Gazetede yayımlanması zorunluluğuyla kişilerin kanun hakkında bilgi edinebilmeleri de sağlanmıştır. Yürütmenin bazı düzenlemeleri de Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmektedir. Ancak Resmi Gazete herkes tarafından düzenli bir şekilde okunan bir gazete olmadığından söz konusu düzenlemelerle ilgili olarak kamu kurumlarının bilgilendirme işlemi yetersiz kalmaktadır. Özellikle kamu kurumlarının internet sayfalarının oluşturulması sonucu alınan karar ve yapılan eylemlerden bireylerin haberdar edildiği günümüzde, yapılan düzenlemelerle ilgili olarak daha iyi bir alt yapının oluşturularak gazete, dergi ve diğer iletişim araçları yoluyla, düzenlemelerden bireylerin hızlı bir şekilde haberdar edilmesi, bilgi edinme hakkı için olumlu bir gelişme olacaktır.

4.3. Başbakanlık İletişim Merkezi

Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER), bilişim ve iletişim teknolojileri kullanılarak oluşturulan bir halkla ilişkiler uygulamasıdır. BİMER ile oluşturulan sistemle birlikte birey ile

⁴⁰<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.1136&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=avukatlik kanunu>, Erişim Tarihi:31.05.2014,

devlet arasındaki iletişim kanallarının tümünün açık tutularak başvuruların her zaman ve her yerde yapılması sağlanmıştır. Yapılan başvurulara da en kısa zamanda cevap verilmesi amaçlanmıştır. BİMER uygulamasına 24.02.2006 tarihinde geçilmiştir⁴¹.

BİMER uygulaması ile birlikte Kaymakamlık, Valilik ve Bakanlıklarda Halkla İlişkiler Müracaat Büroları kurulmuştur. Valilikler ile “Alo 150” telefon hattından da doğrudan iletişim kurulabilmektedir. Yapılan başvuruların cevapları en kısa zamanda başvuru sahibine verilmektedir. Her ayın sonunda yapılan başvuruların sayısı, ne kadar zaman süre içerisinde cevap verildiği sistem tarafından rapor edilip Başbakanlığa, tüm Bakanlık ve Valiliklere gönderilmektedir.

Bilgi Edinme Kanunu, Dilekçe Hakkının Kullanılması Hakkındaki Kanun, Kamu Görevlileri Etik Kurulu’na yapılacak başvurular ile insan hakları ihlalleri hakkındaki başvurular BİMER aracılığı ile yapılabilmektedir. Bilgi edinme talebinin yazılı olması zorunlu olduğundan “Alo 150” hattı ile bilgi edinme talebinde bulunulamamaktadır.

BİMER’e başvurular içerisinde, öğretmen alımı ile ilgili talepler, öğrencilerin öğrenim kredisi ve Başbakanlık bursu talepleri, emekli maaşlarının arttırılması ve asgari ücretin yeniden ele alınması talepleri, Sigara ve Sağlık Ulusal Komitesi’nin kapalı alanlarda sigara içilmemesini sağlayan kararına sahip çıkılması ile ilgili başvurular” öne çıkmaktadır⁴².

BİMER ile birlikte, bireyin bilgi edinme hakkının hızlı bir şekilde gerçekleşmesi sağlanmak istenmektedir. BİMER uygulaması sayesinde bireyler doğrudan istedikleri bilgiye ulaşma

⁴¹<http://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/Bimer/pBimerMain.aspx>,Erişim Tarihi: 31.03.2010

⁴²<http://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/Bimer/Docs/Subat2010.doc>, Erişim Tarihi: 31.03.2010

imkânını elde etmişlerdir. BİMER'in bireylere sağladığı psikolojik faydanın da unutulmaması gerekmektedir. Bireyler BİMER sayesinde sıkıntılarını aktaracak bir kamu görevlisini kısa bir zaman dilimi içerisinde karşısında bularak isteklerini yansıtır bir rahatlama içine girmektedir. Bazı kişiler yapmış olduğu başvuruların kurumun en üst yetkilisi tarafından bizzat değerlendirildiğini düşünmekte, bazı vatandaşlar ise yazdıklarının başbakana ulaşabileceğini umut etmektedir. Psikolojik yönü olumlu olmakla birlikte, kamu kurum ve kuruluşları BİMER başvurularına yönelik ciddi araştırma yapıp sorunu gidermek yerine, çoğu durumda şeklen süresi içerisinde geçiştirme cevaplar bulma yolunu tercih etmektedirler.

4.4. Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte üst kurul olarak Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu (BEDK) oluşturulmuştur. Bu kurul diğer ülkelerde kamu denetçisi, ombudsman gibi isimlerle bilinmekte olup Türkiye'de Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu olarak isimlendirilmiştir. Kurul, bağımsız bir otorite olup, kurul üyelerinin azledilmemesi bakımından organik, iş ve işlemlerinin yürütme organının vesayeti altında olmaması ve hiçbir organ veya makamdan talimat almaması nedeni ile fonksiyonel anlamda da bağımsızdır. Kurulun kararlarına karşı yargı denetimi açıktır⁴³.

Kurulun yapısı, görevi ve işleyişi 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Yasası ile belirlenmiştir. Yasanın 14. maddesine göre bilgi edinme başvurusu ile ilgili olarak verilecek kararları inceleyerek kurumlar ile ilgili olarak bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin kararlar vermek kurulun görevidir. Kurul dokuz üyeden oluşmakta olup birer üyesi Yargıtay ve Danıştay genel kurullarının kendi kurumları içerisindeki önerecekleri ikişer aday, birer üyesi ceza hukuku, idare hukuku ve anayasa hukuku alanında profesör veya doçent unvanına sahip kişiler içerisinde gösterilecek iki aday,

⁴³ Yüksekli, s.81.

bir üyesi Türkiye Barolar Birliği'nin baro başkanı seçilme yeterliliğine sahip kişiler içinden göstereceği iki aday, iki üyesi en az genel müdür düzeyinde görev yapmakta olanlar ve bir üyesi de Adalet Bakanı'nın önerisi üzerine Adalet Bakanlığı'nda idari görevlerde çalışan hakimler arasından Bakanlar Kurulu'nca seçilmektedir. Kurul başkanı, kurul üyelerince kendi aralarından seçilmektedir. Kurul gerektiğinde ilgili Bakanlık ve diğer kurumlar ile sivil toplum örgütlerinin temsilcilerini bilgi almak üzere toplantıya katılmaya davet edilebilmektedir.⁴⁴

Kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan bilgi edinme hakkı kapsamındaki başvuruların reddi durumunda başvuran, kararın kendisine tebliğinden itibaren yargı yoluna başvurmadan on beş gün içerisinde Kurula itiraz edebilmektedir. 17.11.2005 tarih ve 5432 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce Kurul sadece “devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler ile ülkenin ekonomik çıkarına ilişkin bilgi veya belgelerin” reddine karşı yapılan itirazları incelemekle görevli iken değişiklikten sonra bu sınırlandırma kaldırılmıştır. Kurula yapılan itirazlara otuz gün içerisinde cevap verilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Kurula başvuru takdiri olup başvurusu reddedilen kişi doğrudan yargı yoluna da başvurabilme hakkına sahiptir⁴⁵.

Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu (BEDK) ile kamu kurumlarının bilgi edinme hakkı ile ilgili olarak verdikleri kararlara karşı yapılabilecek itirazların hızlı bir şekilde değerlendirilmesi imkânı sağlanmıştır. Türkiye'deki yargı sisteminin yavaş işleyişi de göz önünde tutulduğunda Kurulun işlevi daha iyi bir şekilde anlaşılmış olacaktır.

⁴⁴ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>, Erişim Tarihi: 17.01.2014.

⁴⁵ Konak, Savaş, Demokratik Bir Açılım Olarak Bilgi Edinme Hakkı, 2007, s.77, (Sakarya Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi)

5. BİLGİ EDİNME KANUNUN UYGULANMASINDA YAŞANAN SORUNLAR

Bilgi Edinme Kanunu ile amaçlanan, demokratik ve şeffaf bir yönetimin gereği olarak bireylerin bilgi edinme hakkına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Böylece bireylere bilgi ve belgelere erişim hakkı sağlanarak, bireylerin idarenin yaptığı işlemlerle ilgili bilgi sahibi olmaları olanaklı hale gelmiştir. Bilgi Edinme Kanunu olmayan bir ülkede bu hak, idarenin uygulamasına veya geleneklere göre şekillenmektedir⁴⁶. İdarenin faaliyetleri konusunda kendiliğinden açıklama yapması beklendiği takdirde idarenin bilgi açıklaması çoğu zaman yeterli açıklıkta olmayacağından demokratik devletin gereklerinden biri olan şeffaflık ilkesi gerçekleşmemektedir. Bu nedenle Bilgi Edinme Kanunu'nun çıkartılması, özellikle Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde ivme kazanan demokratikleşme olgusunun göstergelerinden biri olarak kabul edilebilir.

Türkiye'de yeterli altyapı oluşturulmadan kanunların çıkartılması uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Bu sorunlar özellikle Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde çıkarılan kanunlar bakımından açık bir şekilde gözlemlenmektedir. Bilgi Edinme Kanunu'nda Avrupa Birliği'ne uyum sürecindeki yasalardan olup, yeterli bir altyapı oluşturulmadığı ve uygulamadaki sorunlardan bazıları öngörülemediği için 2005 yılında çıkartılan 5432 sayılı yasa ile bazı hükümleri değiştirilmiştir. Bu nedenle gerekli bir altyapı ve bilgilendirme yapılmadan kanunun çıkartılması özellikle Kanunun yürürlüğe girdiği ilk zamanlarda uygulamadaki sorunların temel sebebini oluşturmaktadır. Bilgileri verecek veya belgelere ulaşımı sağlayacak kamu görevlilerinin kanunun yürürlüğe girdiği ilk dönemlerde bilgi ve belgeleri vermediği görülmekteydi. Örneğin

⁴⁶ Kaya, Emre, Kamu Yönetiminde Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Bilgi Edinme Hakkı Kanunun Uygulama Sürecinin Değerlendirilmesi, 2006, s.94, (Selçuk Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

Adalet Bakanlığı, Hakim ve Cumhuriyet Savcıları hakkında doldurulan olağan müfettiş raporlarını vermekten kaçınmış; ancak daha sonra Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun kararı üzerine söz konusu belge ve bilgiler ilgililerine verilmeye başlanmıştır.

Bilgi Edinme Kanunu'nun kapsamla ilgili ikinci maddesi değerlendirildiğinde dar kapsamlı olduğu görülmektedir. Bu maddeye göre Kanunun uygulanma alanı, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır. Bu düzenleme ile hangi kuruluşların kapsam içinde kaldığı anlaşılamamaktadır. Örneğin, yasama ve yargı organlarının bu kapsam içinde değerlendirilip değerlendirilmediği açık bir şekilde belirtilmemiştir. Özel sektör kuruluşlarının Kanunun kapsamı dışında kalması önemli bir eksiklik olarak görülebilir. Kanunda ticari sır ile ilgili olarak bir istisna belirtilmişse de bu eksiklik özel kuruluşlar lehine eşitliği bozan bir durum oluşturmaktadır. Özel sektördeki kurum ve kuruluşlarda ticari sır kavramı dışında kalan bilgi ve belgeleri açıklamak zorundadır⁴⁷. Yasa koyucu ticari sır kavramını istisna olarak tutmuştur. Bizce bu istisnanın mefhumu muhalifinden anlaşılması gereken ticari sır kavramı dışındaki özel sektör kuruluşlarının da bilgilere ve belgelere erişim hakkı ile yükümlü olmasıdır. Aksi yönde bir görüş anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olup kapsam bakımından Kanunu Anayasanın 10. maddesine aykırı hale getirdiği ileri sürülebilir.

Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz” şeklindeki düzenlemenin yasama tekniğine uygun olmadığı ileri sürülebilir. Bir yasanın başka bir yasa ile ilgili genel bir hüküm getirmesi yasama tekniğine uygun değildir. Bu durum uygulamacıları

⁴⁷ Yaşamış, s.20.

sıkıntıya düşürebilecek olup, ayrıca yasaların keyfi uygulanmalarına neden olabilecek niteliktedir⁴⁸.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 26. maddesinde, “kurum ve kuruluşların faaliyetlerini yürütmek üzere elde ettikleri görüş, bilgi notu, teklif ve tavsiye niteliğindeki bilgi veya belgeler kurum ve kuruluş tarafından aksi kararlaştırılmadıkça bilgi edinme hakkı kapsamındadır” şeklindeki düzenlemeyi içermektedir⁴⁹. Maddeye bakıldığında tamamen söz konusu belgelere ulaşım idarenin takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu madde ile düzenlenen belgelere erişim bilgi edinme hakkını tamamıyla etkisiz hale getirmekte olup idarenin keyfi uygulamalarına yol açabilecek niteliktedir. Şeffaf devlet anlayışını sarsacak nitelikteki bu düzenleme ile ilgili olarak gerekli düzeltmenin yapılması ve “kurum ve kuruluş tarafından aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresinin maddeden çıkartılması, Kanun ile amaçlanan şeffaf devlet anlayışına uygun bir adım olacaktır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 28. maddesinde yer alan düzenleme de sakıncalıdır. Bu madde hükmüne göre, gizliliği kaldırılmış bilgi ve belgeler, yasanın diğer belirtilen istisnalarına girmiyorsa bilgi edinme başvurularına açık hale gelmektedir. Bilgi veya belgenin gizliliğinin kaldırılmış olması demek, onun herhangi bir nedenle ulaşılabilirliğini engelleyen olguların ortadan kalkmış olması demektir. Eğer herhangi bir nedenle gizliliği kaldırılmış olan belgelere veya bilgilere ulaşamıyorsa, bu durum o bilgi veya belgenin hala gizlilik kapsamında olduğu anlamına gelmektedir. Bu hususun yasada düzenlenmiş olması bir çelişki olup söz konusu hükmün koşulsuz olarak bilgi edinme başvurularına açık hale getirilmesi uygun olacaktır⁵⁰. Bilgi Edinme Yasası ile amaçlanan, bireylerin bilgi ve belgelere erişimini sağlamaktır. Ancak yukarıda

⁴⁸ Yüksel, Cüneyt, Devlette Etikten Etik Devlete: Kamu Yönetiminde Etik, 2005, TÜSİAD Yayınları, İstanbul, s.225.

⁴⁹ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>, Erişim Tarihi: 17.01.2014.

⁵⁰ Yüksel, 238.

belirtilen yasanın bazı hükümleri yasanın amacı ile çelişkilidir. Uygulamada yaşanan sıkıntıların asgari düzeye indirgenmesi isteniyorsa söz konusu kısıtlama içeren düzenlemelerin ortadan kaldırılması, yasanın özellikle “kapsam” gibi maddelerine açıklık getirilmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

6. SONUÇ

İnsanlık, avcılık ve toplayıcılıktan tarım toplumuna, oradan sanayi toplumuna ve nihayet bilgi toplumuna geçiş yapmıştır. Günümüz toplumu bilgi toplumu olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla bilgi artık güç, zenginlik ve iktidar anlamına gelmektedir. Bilginin en önemli değer olduğu günümüz toplumlarında, iletişimin ve ulaşımın gelişmesiyle ortaya çıkan küreselleşme süreciyle birlikte, açıklık, şeffaflık, insan hakları ve demokrasi gibi kavramlar önem kazanmıştır.

Günümüzde demokrasi bilinen en iyi yönetim tarzı olarak değerlendirilmektedir. Demokrasilerde birey her zaman ön plana çıkmakta, bireyin kişisel hak ve özgürlüklerinin mümkün olduğunca genişletilmesi önem kazanmaktadır. Bilgi edinme hakkı, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bağlamında vazgeçilmez haklardan biridir. Kişilere bilgi edinme hakkının verilmiş olması aslında yönetimden yönetişime geçişi de ifade etmektedir. Çünkü bilgi paylaşımı bir nevi iktidarın paylaşılması anlamına gelmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarında bulunan bilgilere vatandaşların erişim imkanlarına sahip olmaları demokratik yönetim için vazgeçilmez koşuldur. Kişi hak ve özgürlüklerinin tümünde olduğu gibi bu hakkın da yasa ile güvence altına alınmış olması demokratik bir yönetim için önemlidir.

Bilgiye erişim hakkının yasalarla güvence altına alınması, şeffaf yönetimin sağlanması için önemli bir adımdır. Küreselleşme olgusuyla birlikte hız kazanan gün ışığında yönetim kavramı dünya devletlerini kamu yönetiminde reform çalışmaları yapmaya zorlamıştır. Bu nedenle açıklık ve şeffaflığın en önemli

unsurlarından biri olan bilgiye erişim hakkı, reform çalışmalarının ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir.

Diğer tüm organizasyonlarda olduğu gibi günümüzde kamu kurum ve kuruluşlarında da bilgi kaynakları artmıştır. Bu bağlamda kurumsal bilgilerin belli usullerde sınıflandırılması, kayıt altında olmayan bilgilerin kayıt altına alınarak ihtiyacı olanların kullanımına sunulması önem kazanmaktadır. Bu ise iyi bir bilgi yönetim sisteminin kurulması ile mümkündür.

Bilgi edinme hakkı, kamunun elindeki bilgi ve belgelere, ihtiyacı olduğunda, vatandaşın ulaşabilme olanağını ifade etmektedir. Demokratik toplumlarda devletin şeffaflığı esas olduğundan bu hakkın kullanılmasında sorun yaşanmaması gerekir. Ancak ülkemiz henüz geleneksel yönetim anlayışından çağdaş yönetime geçiş aşamasında olduğundan, bilgi edinme hakkının kullanılmasında bazı sorunlar yaşanmaktadır. Bu sorunların bir kısmı çalışmada açıklandığı üzere kanunun kendisinden kaynaklanmaktadır. Asıl üzerinde durulması gereken sorun ise bazı kamu görevlilerin geleneksel anlayışın etkisinden kurtulamayarak yeni anlayışı benimseyememeleri ile bazı vatandaşların bilgi edinme yolları ve usulü konularında yeterli bilgiye sahip olmamalarıdır. Bu sorunun giderilmesinde en önemli husus ise, özellikle kamu görevlilerinin, çağdaş kamu yönetimi anlayışlarını benimsemeleri ve uyum sağlamaları ile mümkündür.

KAYNAKÇA

- AL, Hamza, Bilgi Toplumu ve Kamu Yönetiminde Paradigma Değişimi, Bilimadamı Yayınları, Ankara, 2002.
- Arslan, Rıza, Siyasi Sistem Önerisi, Vipaş Yayını, Bursa, 2001.
- Atılgan,, Doğan, Demokratikleşme Sürecinde Halk Kütüphaneleri, Türk Kütüphaneciliği Dergisi, C:17, S.4, 2003, ss:381-385.
- Atılgan, Doğan, “Bilgi Yönetimi Kavramı ve Gelişimi”, Türk Kütüphaneciliği Dergisi, C:23, S.1, 2009, ss:201-212.
- “Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yönetmelik”, Yay. Resmi Gazete Tarihi ve Sayısı: 27/04/2004-25445
- Çevik, Merve, “Bilgi Toplumu: ‘Network Cities’ Yaklaşımı ve Enformasyon Toplumu Sosyolojisi”, 2010, <http://www.planlama.org/index.php/aratrmalar/makaleler/1549-bilgi-toplumu-network-cities-yaklam-ve-enformasyon-toplumunun-sosyolojisi>, Erişim Tarihi: 21.08.2014.
- Kaya, Emre, Kamu Yönetiminde Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Bilgi Edinme Hakkı Kanunun Uygulama Sürecinin Değerlendirilmesi, (Selçuk Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006.
- Kaya, Muammer, “Bilgi Topluma Geçiş/Dönüşüm Sancıları”, 2006, <http://www.turkstudent.net/content/article>

- /6208/bilgi-toplumuna-gecis-donusum-sancilari.html, Erişim Tarihi: 28.03.2014
- Kenan, Kenan, , Türk Kamu Hukukunda Dilekçe Hakkı ve Kullanma Usulü, (Gazi Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2007.
- Konak, Savaş, Demokratik Bir Açılım Olarak Bilgi Edinme Hakkı, (Sakarya Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi), 2007.
- ODABAŞ, Hüseyin, "Bilgi Yönetimi Sistemi" Bilgi Çağı Bilgi Yönetimi ve Bilgi Sistemleri. Ed.: Coşkun Can Aktan ve İstiklal Y. Vural, Çizgi Kitabevi, Konya, 2005.
- ODABAŞ, Hüseyin, "Bilgi Yönetimi", 2006, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/publication>, Erişim Tarihi: 28.03.2010
- SAĞSAN, Mustafa, Gelişmişliğin Vazgeçilmez Unsuru: Ulusal Bilgi Politikası, 2010, <http://strateji.cukurova.edu.tr/BILGI/01.htm>, Erişim T: 28.03.2010.
- ŞAVRAN, Yasemin, Bilgi Edinme Hakkı ve İdarenin Bilgi Verme Yükümlülüğü, (Kocaeli Ün. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006.
- URAL, Şafak, Demokrasi Kavramı, Toplumsal Değerler ve Birey, 1988, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/743/9508.pdf>, Erişim T: 28.03.2010.
- YAŞAMIŞ, D. Firuz, Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı, 2004, http://www.bilgiedinmehakki.org/doc/Anayasa_Hukuku_ve_Insan_Haklari_A

cisindan_Bilgi_Edinme_Hakki_F_Yasami
s.pdf, Erişim Tarihi: 28.03.2014

YÜKSEKLİ, Başak, (2008), Bilgi Edinme Hakkı Yasası'na
Göre Kamu Kurum ve Kuruluşlarının
Görevleri, (Kırıkkale Ünv. SBE,
Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi),
2008.

Yüksel, Cüneyt, Devlette Etikten Etik Devlete: Kamu
Yönetiminde Etik, TÜSİAD Yayınları,
İstanbul, 2005.

İnternet Kaynakları

<http://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/Bimer/pBimerMain.aspx>,
Erişim Tarihi: 31.03.2010.

<http://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/Bimer/Docs/Subat2010.doc>,
Erişim Tarihi: 31.03.2010.

http://www.bilgiedinmehakki.org/tr/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=0&Itemid=18&limit=9&limitstart=72,
Erişim Tarihi: 22.01.2014.

<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.1136&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=avukatlik kanunu, Avukatlık Kanunu,, Kanun Numarası:1136>,
Erişim Tarihi: 31.05.2014.

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>,
4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu,
Erişim Tarihi: 17.01.2014.

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/21826.html>,
Erişim Tarihi: 28.03.2014.

http://www.kav.org.tr/bilgi_toplumu_sempozyumu.aspx,
Erişim Tarihi: 31.03.2010.

TARİHSEL VE KÜLTÜREL ÇEVRENİN KORUNMASI BAKIMINDAN TÜRKİYE VE İTALYA'DAKİ KOLLUĞUN GÖREV VE YETKİLERİ

Dr. Zafer AKKUŞ*

Dr. Tamer EFE **

Özet

İnsanoğlu, neolitik dönemden itibaren yerleşik düzene geçmesiyle birlikte yaşadığı doğal çevrede bulunan fiziksel ortamlarda sosyal hayat anlayışını, bakış açısını, inandığı değerleri, edindiği tecrübeleri ve içinde bulunduğu toplumun sosyo-kültürel yapısını yansıtan eserler oluşturmuştur/oluşturmaktadır. Tarihsel ve kültürel çevrelerde bulunan bu eserler; ekonomik, siyasal ve sosyal nedenlerden dolayı bulundukları yerlerden çalınmış/çalınmakta, zarar görmüş/görmekte ve yok edilmiş/edilmektedir. Geçmiş uygarlıklara ve medeniyetlere ait eserlerin bulunduğu çevrelerin korunmasına ilişkin girişimlerin çok eski dönemlere dayandığı bilinmektedir. 18. ve 19. yüzyılda Avrupa'da meydana gelen sanayi devrimi, 16. yüzyıldan itibaren nüfusun artması ile birlikte içinde tarihsel ve kültürel çevrelerin tahrip edildiği doğal çevrede plansız ve sürdürülebilir olmayan kentleşme anlayışının doğmasına neden olmuştur. Rant düşüncesiyle teknolojinin imkanlarından faydalanılarak doğal ve kültürel çevre ile yapılan mücadelenin/savaşın galibinin insan olduğu algılsa bile kaybedenin yaşanılan hayatın topluma bıraktığı izler ve yine insanın kendisinin olduğu bir gerçektir. 20. yüzyıl tarihsel ve kültürel çevrelerin korunması olgusunun farkındalığının kavranması ve bu olguya ilişkin kuramsal temellerin atılması açısından önemli bir zaman dilimidir. Bu zaman diliminde bilimsel olarak koruma ve korunma yaklaşımlarını

* Çankırı Emniyet Müdürlüğü, 3.Sınıf Emniyet Müdürü.

**Malatya Emniyet Müdürlüğü, Emniyet Amiri.

içeren teoriden pratiğe yönelik ulusal/uluslararası çalışma ve hukuksal düzenlemeler yapılmıştır. Tarihsel ve kültürel çevrede bulunan eserlere karşı artan suçların önlenmesine yönelik suç öncesi ve sonrası mücadele yöntemleri geliştirilmiştir/geliştirilmektedir. Bu çevrelerin korunması ile eski eserlere karşı işlenen suçlarla mücadele eden kamu kurumları, kamu görevlileri ile mücadele yöntemleri dünyanın değişik ülkelerinde benzerlikler göstermektedir. Tarihsel ve kültürel çevrenin korunması bakımından akdenizin güçlü ve köklü ülkeleri arasında bulunan ve birçok medeniyete ev sahipliği yapan Türkiye ve İtalya’da kolluğun görev ve yetkileri bu çalışmada karşılaştırmalı olarak tartışılmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Tarihsel ve Kültürel Çevrenin Korunması, Türkiye, İtalya, Kolluk, Görev ve Yetki.

DUTIES AND AUTHORITY OF THE LAW ENFORCEMENT IN TURKEY AND ITALY IN TERMS OF PROTECTION OF CULTURAL AND HISTORICAL ENVIRONMENT

Abstract

Humankind has always been creating artifacts which reflect the socio-cultural structure of the society he is living in, his understanding of social life, his perspective and the understanding of social life, his experience and values in his physical environments of the nature since he settled in the Neolithic period. These artifacts in the historical and cultural environments have been stolen, damaged or destroyed due to economic, political or social reasons and the attempts to protect the artifacts which belong to ancient civilizations date back to old times. The industrial revolution in the 18th and 19th centuries led to an unplanned and unsustainable urbanization approach leading to a destruction of the natural environment which started with the population increase in the 16th century. While the winner of the fight/war against the natural/cultural environment is thought to be the man who is utilizing the technological capacities with a view to gaining advantage, the loser is also the man himself who is actually living the results of this fight. The 20th century is

an important period of time when the concept for protecting the historical and cultural environments started to be comprehended and the theoretical foundation for that was built. In this period national/international studies were carried out and legislations were made based on the scientific protection approaches from the theory to the practice. Some measures have been developed with a view to preventing and fighting the increasing number of crimes related to the artifacts found in the historical and cultural environments. The government agencies, officers and the measures adopted by different countries have some similarities in countering the crimes against historical artifacts and the protection of the sites. In this study the duties and authority of the law enforcement will be discussed comparatively in terms of protection of cultural and historical environment for Turkey and Italy among the most powerful and deep-rooted Mediterranean countries and hosted many civilizations through out the history.

Keywords: Protection of Historical and Cultural Environment, Turkey, Italy, Law Enforcement, Duty and Authority

Giriş

Ekosistemin temel bileşenleri arasında bulunan çevre, insanın ve diğer canlı ve cansız varlıklar ile kendi aralarında ve/veya birbirleriyle etkileşim içerisinde bulunduğu ve kendini gerçekleştirmeye yönelik davranışlarını sergilediği fiziksel, biyolojik, sosyal, kültürel ve ekonomik ortamlardır. Çevre olgusunu oluşturan doğal ve tarihsel-kültürel çevrede bulunan bütün canlı ve cansız varlıklar arasında yüzyıllar boyunca süregelen dinamik ve sürdürülebilir bir ilişki ve iletişim bulunmaktadır.

Toplumu meydana getiren birey, ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla üretim ve yaşam kaynağını oluşturan doğal çevreye hâkim olmuştur/olmaya çalışmaktadır. Doğal çevreye yansıttığı düşünce, yaşayış tarzı, beklentileri, inancı, sevinci, adetleri, görenekleri, alışkanlıkları ile insanoğlu yaşamsal sürecini gösterdiği/betimlediği eserlerin oluşturduğu

tarihsel ve kültürel çevrenin oluşumunda da etken bir rol almıştır/almaktadır.

Tarihsel ve kültürel çevrede bulunan eserler tarihi süreç içerisinde “insan merkezli” anlayışın da etkisiyle doğaya hâkim olan/olmaya çalışan insanın acımasızca saldırılarına ve tahriplerine uğramıştır/uğramaktadır. Nüfusun artması, çevreye duyarlı olmayan sanayileşme ve kentleşme, savaşlar, doğal afetler, sürdürülebilir olmayan çevre politikaları ile tarihsel ve kültürel çevrenin giderek bozulmasına, zarar görmesine ve yok olmasına giden süreci hızlandırmıştır. Koruma olgusu bu çevrede meydana gelen tahribatın daha belirgin çizgilerle kendisini göstermesiyle birlikte bilimin bu alanda çalışmasına yön vermiştir.

Tarihsel ve kültürel çevreyi koruma kavramının geçmişi eski devirlere dayanmaktadır. Bununla birlikte modern korumanın kuramsal temelleri geçen yüzyılda atılmış, Avrupa’da kentsel koruma girişimleri 2. Dünya savaşından sonrasındaki dönemde başlamıştır. Uluslararası anlamda koruma yaklaşımlarının temelleri 1931 yılında Atina’da düzenlenen ‘I.Uluslararası Tarihi Anıtların Korunması ile İlgili Mimar ve Teknisyenler Konferansı’nda atılmıştır. Atina Konferansında önemli tarihi ve kültürel çevrelerin ve yapı gruplarının korunması teklif edilmiş, bu ilkeler 1932 yılında İtalya’da ‘Carta del Restauro’ olarak yasal bir kimlik haline gelmiştir. 1964 yılında kabul edilen Venedik Tüzüğü ise korumada en önemli belgelerden birisi olarak kabul edilmektedir. 1972 yılında UNESCO tarafından düzenlenen konferansta ‘Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşmesi’ imzalanmıştır¹.

Tarihsel ve kültürel zenginlikler ‘yerel’ bir anlam taşımakla beraber ‘ulusal’ bir kimliğe sahiptir. Bu kapsamda insanoğlunun ortak değerlerini temsil ettiğinden ‘evrensel’ bir yapıdadır². Tekeli’ye göre, tarihsel ve kültürel çevreye yapılan tahribata ilişkin uluslararası hassasiyetin

¹Tunçer, M., “Avrupa’da Tarihsel ve Kültürel Çevre Korunması”, 2012, <http://mehmet-urbanplanning.blogspot.com.tr/2012/02/avrupada-tarihsel-ve-kulturel-cevre.html>. Erişim Tarihi: 19.11.2014.

²Ekinci, O., “Kültürel Miras, İmar ve Belediyelerimiz”, Kent ve Planlama Geçmiş Korumak ve Geleceği Tasarlamak, Ankara, 2007, s:3.

gelişiminin, doğal çevreye yapılan tahribat için gelişen hassasiyetten önce olduğudur³.

Günümüze kadar birçok kültür ve medeniyetin doğduğu, geliştiği ve dünyaya yayıldığı bir coğrafyada bulunan Türkiye ve İtalya dünyanın en zengin tarihsel ve kültürel çevre değerlerine sahip ülkeleri arasında bulunmaktadır. Bu zengin miras, ülke toplumlarının tarihsel ve kültürel kimliğinin oluşumuna ve gelişimine de önemli katkılar sunmaktadır. Ancak yaşadığımız yüzyılda hızla değişen yaşam şartları, hızlı kentleşme, doğal kaynakların giderek artan bir şekilde tüketilmesi, endüstrileşme, eski eser kaçakçılığının giderek artması, bilinçli/bilinçsiz kişi veya kişilerin yaptığı tahribat ile tarihi çevrenin hızla erozyona uğraması ve koruma uygulamalarının azlığı geçmişten günümüze kalan tarihsel ve kültürel çevrenin korunmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu araştırmada; literatür taraması ile keşfedici türde niteliksel bir çalışma yapılmış olup, tarihsel ve kültürel çevrenin korunması bakımından Türkiye ve İtalya'da kolluğun görev ve yetkileri bu çalışmada karşılaştırmalı olarak tartışılacaktır.

1. Tarihsel ve Kültürel Çevre Kavramı

Joseph R. Des Jardins⁴ tarafından yazılan 'Çevre Etiği' adlı kitabının başlangıç kısmında ithaf ettiği Michael ve Matthew'e hitaben yazdığı yazıda;

“Bir yaz sabahı, kent dışında araba kullanırken, dört yaşındaki oğlum sordu: “Baba ağaçlar ne işe yarar?” Babalık görevi yapmak için elime değerli bir fırsat geçtiğini duyumsayıp, ona yavaş yavaş ağaçların canlı varlıklar olarak bir işe yaramak gibi bir sorunları olmadığını, ama başka birçok canlı yaratığa ev işlevi gördüklerini, soluduğumuz havayı yaratmakta ve temizlemekte olduklarını, şahane ve güzel olabildiklerini anlatmaya başladım. “Ama baba”

³ Tekeli, İ., Kültür Politikaları ve İnsan Hakları Bağlamında Doğal ve Tarihi Çevreyi Korumak, İstanbul, 2009, s.130.

⁴ Des Jardins, J., R., Çevre Etiği, Ankara, 2006, s.5.

dedi, “ben bilimden anlarım ve senden daha çok şey biliyorum. Çünkü en önemli noktayı unuttun. Ağaçlar insanların tırmanmasına da yarar.” şeklinde belirtmiştir.

Oğlunun yukarıda babasına ağaçların insanlar tarafından kullanıldığına dikkat çekerek, belki de ağaçları bir oyun aracı olarak gördüğünü ifade etmesidir. Des Jardins’in ise insan olgusunun etken bir unsur olduğunu betimlemeden oğluna ağaçların doğada üstlendikleri sorumluluklarını belirtmesi ve faydalarını açıklaması insan-doğa ilişkisinin kavranılması bakımından önemli bir örnektir.

İnsanın doğayı anlamaya başladığı andan itibaren kendisini bulduğu, oluşumuna ve değişimlerine katkıda bulunmadığı yaşam alanları doğal çevreyi oluşturmaktadır. İnsanın doğayı algılamasında ve bakış açısını geliştirmesinde doğal çevre ile kurduğu güçlü etkileşimin önemli bir payı bulunmaktadır. Doğayı anlamaya çalışan ve ekosistemin etken bir üyesi olan insan edindiği bilgiler ve yaşadığı tecrübeler ışığında doğal çevreye sahip olmaya çalışmış, bilimsel bilgi ve teknolojik imkânlar ile bu çevre içerisinde yapay ortamlar oluşturmuştur/oluşturmaktadır.

Bireyin kendi kabiliyetleri ile oluşturduğu yapay çevrede insan yüzyıllar boyunca yaşadığı uygarlığın/toplumsal özelliklerini anlatan/temsilen eden eserleri oluşturan kültürel mirası bırakmıştır/bırakmaya da devam etmektedir.

İnsanın bütünüyle kendi gayret ve çalışması ile ürettiği çevrelerden kültürel çevre anlaşılmaktadır. İçinde cansız ve canlıların oluşturduğu doğal çevre değerleri tarihsel süreçte insanın gelişimine katkıda bulunduğu medeniyetlerin ürünü olan kültürel çevre ile bir bütünlüğü yansıtır. Tarih boyunca insanın oluşturduğu/ürettiği kültürel değerlerin fiziksel çevreye bıraktığı görüntüler tarihsel çevreyi oluşturmaktadır⁵.

Uygarlıkların başlangıcından günümüze kadar insanın gerek doğrudan gerekse doğadan aldığı ilhamlar ile kendi iç dünyasında harmanlayıp yapıyılaştıran doğal çevreye kazandırdığı eserlerin

⁵ Keleş, R., Hamamcı, C., Çevre Politikası, Ankara, 2005, s.147.

bulunduğu fiziksel mekânlar ve yerler tarihsel ve kültürel çevreyi oluşturmuştur. Bu çevreler, tarih öncesi ve sonrası dönemlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili insanlar tarafından yapılan veya anılan devirlere ilişkin sosyal yaşantıya konu olan/olmuş tarihsel, kültürel ve bilimsel yönden içsel bir değeri anlatan yer üstünde, yer altında veya su altındaki eserleri muhafaza etmektedirler.

2. Türkiye’de Tarihsel ve Kültürel Çevrenin Korunması Olgusu

İçinde yaşadığımız 21. yüzyılda giderek artan çevre sorunları uluslararası gündemin ilk sıralarında yer almaya başlamıştır. Yaşanan savaşlar, açlık ve yoksulluk ile doğal afetlerin meydana getirdiği felaketlerin yanında, insanlığın ortak mirası olan tarihsel ve kültürel çevre değerleri de hızla yitirilmektedir. Binlerce yıllık uygarlık tarihi içinde insanlığın belirli doğal ortamlarda yarattığı tarihsel ve kültürel çevre değerlerinin korunması da, çağımızda bütün toplumların ortak sorunu olarak algılanmaktadır⁶. Tarihsel ve kültürel çevre değerleri yalnızca toplumların maddi ve moral değerleri olarak değil, mutlu insan ve toplum yapılarının oluşturulabilmesinde zengin referanslara sahip olduğu için yaşamsal öneme sahiptir.

Tarihsel ve kültürel çevre değerleri üzerindeki tehdit; ülkelerin ekonomik durumlarına, eğitim düzeylerine, sosyal yapılarına ve kültürel bakış açılarına bağlı olarak değişim göstermektedir⁷. Bu değişimin özelinde tarihsel ve kültürel mirasın korunması olgusunun bilgi veya estetik bir açıdan ziyade ekonomik ve kültürel gelişimini gerçekleştiren ülkelerin etik bir problemi olduğudur⁸.

Türkiye’de tarihsel ve kültürel çevrelerin korunması Cumhuriyet öncesi ve sonrası olarak iki dönemde değerlendirilebilir. Osmanlı

⁶ Görgülü, Z., “Kültürel Mirasımızın Korunması Üzerine Bir Kez Daha Düşünürken”, Kent ve Planlama Geçmiş Korumak Geleceği Tasarlamak, Ankara, 2007, s.39.

⁷ Efe, T., “Türkiye’de Eski Eser Kaçakçılığının Önlenmesinde Çevre Politikalarının İrdelenmesi” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, s.39.

⁸ Özgünel, C., “Kültürel Mirasımızın Korunması Üzerine Düşünceler”, Kent ve Planlama Geçmiş Korumak Geleceği Tasarlamak, Ankara, 2007, s.48.

İmparatorluğu’nda eski eserlerin korunmasına ilişkin Osman Hamdi Bey’in öncülüğünde Asar-ı Atıka Nizamnameleri çıkarılmış ve müzecilik çalışmaları ile koruma ve korunma anlayışı başlamıştır.

19.yüzyılın ilk yarısında İmparatorlukta görülen müzecilik yaklaşımlarının temel prensiplerinin başında geçmiş uygarlıklardan kalan tarihi ve kültürel mirasın, mevcut hali ile muhafaza edilmesi ve gelecek nesillere bozulmadan iletilmesi gelmektedir. Bu düşünce ile eserlerin öncelikle envanter işlemleri tamamlanmış ve müzelerde sergilenmiştir⁹.

Cumhuriyet döneminde ise revize edilen Asar-ı Atıka Nizamnamesinden sonra 1973 yılında Eski Eserler Kanunu çıkarılmıştır. 1983 yılında ise mevcut kanun yeni düzenlemeler ile 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu olarak değiştirilmiştir. Kanun ile birlikte koruma ve korunmaya ilişkin yeni hukuksal metinler yürürlüğe girmiştir.

Müzecilik faaliyetleri ile Cumhuriyetin ilk yıllarında başlayan eski eserleri koruma anlayışı ilerleyen yıllarda taşınmaz eserleri de kendinde toplayarak genişlemiştir. 1980’li yıllardan itibaren oluşturulan hukuksal mevzuat çerçevesinde kavram ve olgu zenginlikleri ile birlikte ‘planlı koruma’ sistemi benimsenmiştir¹⁰.

Kültürel mirasın korunması konusunda 1960’lı yılların ortasına kadar eğitim veren bir kurum bulunmamaktadır. 1966 yılında Ortadoğu Teknik Üniversitesi Mimarlık Fakültesinde korumaya ilişkin ilk bölüm kurulmuştur. İstanbul Teknik Üniversitesi, Yıldız Teknik Üniversitesi, Devlet Güzel Sanatlar Akademisi, Mimar Sinan Üniversitesi ve Dokuz Eylül Üniversitesinde yüksek lisans eğitimi veren bölümler açılmıştır¹¹.

Türkiye’de tarihsel ve kültürel çevrenin korunması olgusu tarihsel süreç içerisinde yasaları ve belirli kurumları ile gelişmiş sürdürülebilir bir yapıya sahip olmasına rağmen, yapılan çalışmalar genellikle bürokratik ve

⁹ *Mazı, F.*, “Tarihi Çevrenin Korunmasında Sosyo-Ekonomik Faktörlerin Etkisi”, *Mevzuat Dergisi*, Yıl:12, Haziran, 2009, Sayı:138, s.4-5.

¹⁰ *Görgülü, Z.*, a.g.e., s.43.

¹¹ *Madran, E., Özgönül, N.*, *Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması*, Ankara, 2011, s.5-6.

akademik çevreler ile kısıtlı kalmış, toplum genelinde de bir kavram ve kültür olarak içselleştirilememiştir. Neyi nasıl korunacağının farkındalığının anlaşılması gerekmektedir.

Kültürel miras bilinci toplumun her kesimine iyice benimsetilip yerleştirilmediği sürece, yasaların ve yetişmiş uzmanların varlığı kültürel mirasın ve çevrenin korunmasında yeterli olamamaktadır¹².

3. Türkiye’de İç Güvenlik Yönetimi

3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunu’nun 2. maddesinde “a) Bakanlığa bağlı iç güvenlik kuruluşlarını idare etmek suretiyle ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini ve genel ahlakı, Anayasada yazılı hak ve hürriyetleri korumak, b) Sınır, kıyı ve karasularımızın muhafaza ve emniyetini sağlamak,... d) Suç işlenmesini önlemek, suçluları takip etmek ve yakalamak, e) Her türlü kaçakçılığı men ve takip etmek,...” hükmü çerçevesinde, kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması İçişleri Bakanlığı’nın görevleri arasında bulunmaktadır. Anılan kanun doğrultusunda kara sınırları içerisinde Bakanlığa bağlı kuruluşlar olan Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı’nca denizlerde ise Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından kamu düzeni ve güvenliği sağlanmaktadır.

3201 Sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu’nun 1. maddesinde “Memleketin umumi emniyet ve asayiş işlerinden Dâhiliye Vekili mesuldür. Dâhiliye Vekili bu işleri, kendi kanunları dairesinde hareket eden Emniyet Umum Müdürlüğü ile Umum Jandarma Komutanlığı ve icabında diğer bütün zabıta teşkilatı vasıtası ile ifa ve lüzum halinde İcra Vekilleri Heyeti kararı ile ordu kuvvetlerinden istifade eder.” hükmü çerçevesinde İçişleri Bakanının ülkenin genel güvenlik ve kamu düzeninden öncelikli sorumlu olduğu görülmektedir.

¹² Sayan, Y., “Türk Kültür Mirasının Korunması ve Tarihi Çevre Bilinci Üzerine, Türk Dünyası İncelemeleri Dergisi, Cilt IX, Sayı 1, İzmir, 2009, s.154.

Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliğinin 3. maddesinin 2.fıkrasının 3.bendinde, “Genel kolluk: Emniyet asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan, diğer kanun ve nizamların verdiği görevleri yerine getiren ve Silahlı bir kuvvet olan Jandarma ve Polisi ifade eder.” ve 6.bendinde “Özel Kolluk: Devlet ve yetkili diğer kamu tüzel kişilerin, özel kanunlar çerçevesinde kurulup, teşkilatlandırılan; kendi hizmet alanında güvenliği sağlamak amacı taşıyan ve kendi kanunlarına göre silah taşıma ve kullanma yetkisine sahip; jandarma ve polis dışındaki (gümrük, orman, belediye zabıtası, köy korucusu vb.) kolluk kuvvetleridir.” hükmü bulunmaktadır.

Bu düzenlemeler çerçevesinde; Türkiye’nin iç güvenlik yönetiminin İçişleri Bakanlığı’na bağlı polis, jandarma ve sahil güvenlik kuruluşlarının genel kolluk olarak yapılandırıldığı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte ihtiyaç olması halinde askeri birliklerin ve özel kolluk kuvvetlerinin de iç güvenlikte kullanılmasına olanak sağlayan bir yapı öngörülmüştür¹³.

İçişleri Bakanlığı’nın uygun göreceği yerleşim alanlarında, polis teşkilatı birimi kurulabilir. Türkiye’de polisin sorumluluk bölgesi belediye sınırları içerisinde bulunmaktadır. Polisin sorumluluk alanı dışındaki yerlerde kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması jandarma teşkilatı tarafından yerine getirilmektedir. Türkiye’de polis ile jandarma arasındaki görev sorumluluk bölgesi ayırımı net olarak belirlenmiştir.

3.1. Emniyet Genel Müdürlüğü

Emniyet Teşkilatı’nın yapısı 4 Haziran 1937 tarihinde çıkartılan 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu’nda belirtilmiştir. Anılan kanunun 1. maddesinde, ülkenin genel güvenlik ve kamu düzeninden sorumlu olan İçişleri Bakanı bu görevi Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı aracılığı ile yerine getireceği ifade edilmiştir.

¹³ Yılmaz, S., “Türkiye’nin İç Güvenlik Yapısında Değişim İhtiyacı”, Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 21, Sayı 3, 2012, s.21-22.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu'nun 1. maddesinde “ Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder. Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun ve nizamnamelerinin kendisine verdiği vazifeleri yapar.” ve 2. maddesinde “Polisin genel emniyetle ilgili görevleri iki kısımdır. a) Kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak, b) İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmak,....” hükmü bulunmaktadır.

Suç öncesi ve suç sonrası görevleri ile sorumluluk sahasında kamu düzeni ve güvenliğini sağlayan polisin ve polis birimlerinin bağlı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü İçişleri Bakanlığı'nın bir kuruluşudur. Merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatlarına sahip Emniyet Genel Müdürlüğü, kamuya ve toplumda yaşayan fertlere can ve mal güvenliği hizmeti sunmaktadır.

İnsanlığın geçmişi ile geleceğini birbirine bağlayan çok değerli tarihsel ve kültürel çevre hazineleri olan eski eserleri korumak, kaçırılmasını önlemek de polisin öncelikli görevleri arasında yer almaktadır. Emniyet Genel Müdürlüğü merkezde Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, Asayiş Dairesi Başkanlığı ve Interpol-Europol Dairesi Başkanlığı birimleri ile taşrada ise İl Emniyet Müdürlükleri aracılığıyla eski eserlere karşı işlenen/işlenebilecek suçlar ile ilgili mücadele etmektedir.

3.1.1. Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Dairesi Başkanlığı

Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Dairesi Başkanlığı, tarihsel ve kültürel çevreden kaçırılan eski eserlerin yakalanması ile birinci derecede mücadele eden polis birimidir. Başkanlığın görev ve yetkileri 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 16. maddesine dayanılarak hazırlanan ve İçişleri Bakanı'nca onaylanarak yürürlüğe giren Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele

Daire Başkanlığı Merkez ve İl Teşkilatı Kurulu, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde belirtilmiştir.

Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Dairesi Başkanlığı eski eser kaçakçılığı ile mücadelesini merkezde Kaçakçılıkla Mücadele Şube Müdürlüğü'nce, illerde ise İl Emniyet Müdürlüklerine bağlı Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüklerince yerine getirmektedir. Bu şube müdürlüklerinin görevleri arasında; eski eser kaçakçılığı suçları ile ilgili ihbarları almak, yapılan ihbarlardaki belirtilen hususları araştırmak ve değerlendirmek, bu konulara ilişkin gerekli her türlü takibi yapmak, yapılan bütün çalışmalar neticesinde konunun operasyonel durumu varsa operasyonları yapmak, elde edilen suç unsurları ve suçlular ile ilgili her türlü istatistiki bilgileri tutmak, bu suçla mücadele için yeni metotlar geliştirmek ve uygulamak bulunmaktadır. Eski eser kaçakçılığı suçları ile ilgili olarak Daire Başkanlığında veya illerde müstakil bir birim bulunmamaktadır.

Eski eser kaçakçılığı yapılmak üzere çalınan eski eserler ile ilgili soruşturmayı asayiş birimleri hırsızlık yönü ile araştırmaktadır. Bununla birlikte hırsızlığa konu eşyanın kaçakçılığı da ilgilendirmesi nedeniyle kaçakçılık birimleri soruşturmaya dahil olmaktadır. Eski eser kaçakçılığı suçu öncül suçuyla (hırsızlık) birlikte bir bütünlük arz eden bir suçtur. Bununla birlikte hırsızlık suretiyle çalınan eski eserler yasa dışı olarak kaçakçılık piyasasına girmektedir. Tarihsel ve kültürel çevrelerden kaçırılan eserlere ilişkin adli işlemler 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu çerçevesinde kaçakçılık birimleri tarafından yapılmaktadır.

3.1.2. İnterpol – Europol Dairesi Başkanlığı

Uluslararası suç ve suçlularla mücadele etmek amacıyla çalışmalarını sürdüren İnterpol-Europol Dairesi Başkanlığı Emniyet Genel Müdürlüğüne bağlı bir birimdir. Türkiye, Uluslararası Kriminal Polis Teşkilatına (İTERPOL) 1930 yılında üye olmuştur. Türkiye adına uluslararası takibi yapılması gereken suçlar ile bu suçlara karışan kişilerin yakalanması ve/veya iade edilmesine yönelik işlemleri gerçekleştiren

İnterpol-Europol Dairesi Başkanlığı, İnterpol ve bu kuruluşa bağlı diğer ülke polis teşkilatları ile yakın işbirliğini devam ettirmektedir.

Geçmişten günümüze kadar kültürel miras ait oldukları tarihsel ve kültürel çevreden uzaklaştırılarak, yabancı ülkelerdeki koleksiyonculara veya müzelere satılmışlardır. Kültürel miras açısından zengin fakat ekonomik açıdan fakir ülkelerden, ekonomik açıdan zengin ülkelere doğru gelişen kültürel miras trafiği, legal veya illegal ayrımı yapmadan yoğun bir şekilde devam etmektedir. Ülkelerin kendi eserlerine sahip çıkmaları ve kaçırılan kültür varlıklarının takipçisi olmaları nedeniyle, uluslararası alanda kültürel mirasın korunması ve ülkelerin milli kültür miraslarını koruma hakkı ve ödevi konusunda önemli adımlar atılmıştır¹⁴.

Kültürel miras kaçakçılığı uluslararası bir suçtur. Türkiye'den yasal olmayan yollardan çıkarılan ve/veya kaçırılan eserlerin hukuki anlamda takibini yapmak, uluslararası sözleşmelerden doğan haklar ve yükümlülükler ile mümkün olabilmektedir.

İnterpol-Europol Dairesi Başkanlığı'na Kültür ve Turizm Bakanlığı veya ilgili kurumlardan kültür ve tabiat varlıklarının yurtdışına kaçırıldığına dair bir talep yapılması durumunda, Başkanlık tarafından kaçırılan esere ait bilgiler (envanter kaydı, eserin menşei ve özelliklerine ait bilgiler, eserin fotoğraflı kimlik bilgileri, eserin nereden, ne zaman, nasıl, ne şekilde ve kim tarafından çalındığına dair bilgiler vb.) İnterpole bildirilmektedir. İnterpol Teşkilatı da kendi değerlendirmesini yaptıktan sonra üye devletlere bu bilgileri göndererek uluslararası arama işlemleri başlatılmaktadır. Çalınan veya kaçırılan eserlerin İnterpole üye başka bir ülkede yakalanıp bulunması durumunda uluslararası anlaşma ve sözleşmeler gereğince eserin/eserlerin sahip olduğu ülkeye iadesi yapılmaktadır.

Tarihsel ve kültürel çevrelerde bulunan eserlerin yurtdışına kaçırılması suçlarında ve/veya İnterpole üye olan ülkelerde suç işleyip kaçanların Türkiye'de ve/veya yurtdışında aranması, yakalanması ve iade

¹⁴ Özel, S., Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul,1998, s.6.

edilmesinde İnterpol-Europol Dairesi Başkanlığı'nın önemli bir rolü ve etkinliği bulunmaktadır.

3.1.3. Asayiş Dairesi Başkanlığı

Kamu düzeni ve güvenliğine ilişkin polis sorumluluk bölgesinde suç öncesi gerekli önlemlerin alınması, asayiş suçlarının işlenmesi durumunda ise suça ilişkin olayın soruşturulması, aydınlatılması ve fail/faillerinin yakalanmasına ilişkin ilgili birimlerce yapılan çalışmalara yön vermek suretiyle koordinasyon sağlayan Asayiş Dairesi Başkanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'ne bağlı bir birimdir.

Asayiş Dairesi Başkanlığı ve illerdeki birimi olan Asayiş Şube Müdürlüğü kültürel mirasın korunması ve eski eser kaçakçılığı ile mücadeledeki rolü, suç işlenmeden önce sorumluluk bölgesinde bulunan tarihsel ve kültürel çevrenin fiziki korunmasını sağlamak, hırsızlık yapmak suretiyle gerçekleştirilen eski eser kaçakçılığı olaylarının aydınlatılmasına yöneliktir.

Eski eser kaçakçılığı metotlarından birisi de tarihsel ve kültürel çevreden (müzeler, ören yerleri, sit alanları, tabiat alanları vb.) ve koleksiyonerlerden hırsızlık suretiyle çalınan kültürel varlıkların piyasaya sürülmesidir. Öncül olarak yapılan bu hırsızlık suçuna ilişkin yapılacak adli işlemler İl Emniyet Müdürlüklerine bağlı Asayiş Şube Müdürlükleri (Hırsızlık Büro Amirliği) tarafından yapılmaktadır.

Türkiye genelinde çalınan tarihi ve kültürel eserler ile ilgili Asayiş Dairesi Başkanlığı'nın veri bankası bulunmaktadır. Türkiye'de nereden olursa olsun çalınan kültürel varlıklar Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından Emniyet Genel Müdürlüğü'ne bildirilmekte ve bu eserlere ait bilgilerin veri bankasına girişi yapılmaktadır.

3.2. Jandarma Genel Komutanlığı

Jandarma Genel Komutanlığı'nın yürüttüğü asayiş ve güvenlik hizmeti itibariyle Emniyet Genel Müdürlüğü'nden farkı bulunmamaktadır. Ancak kurumsal yapı, görev statüsü ve hiyerarşik sistem bakımından jandarma teşkilatının farklılıkları bulunmaktadır. Türkiye'de jandarma

teşkilatı belediye sınırları dışında kalan kırsal nitelikli yerlerin kamu düzeni ve güvenliğini sağlamaktadır.

2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 3. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti Jandarması emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanun ve nizamların verdiği görevleri yerine getiren silahlı, askeri bir güvenlik ve kolluk kuvvetidir." ile 4. maddesinde " Jandarma Genel Komutanlığı, Türk Silahlı Kuvvetlerinin bir parçası olup, Silahlı Kuvvetlerle ilgili görevleri, eğitim ve öğrenim bakımından Genelkurmay Başkanlığına, emniyet ve asayiş işleriyle diğer görev ve hizmetlerin ifası yönünden İçişleri Bakanlığına bağlıdır. Ancak Jandarma Genel Komutanı, Bakana karşı sorumludur." hükümleri ile jandarma teşkilatının görev tanımı ile kurumsal olarak bağlı olduğu kurumlar belirtilmiştir.

Anılan kanunun 10. maddesinde "Jandarmanın genel olarak görev ve sorumluluk alanı; Polis görev sahası dışı olup, bu alanlar il ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir...." hükmü ile jandarmanın görev ve sorumluluk alanı belirlenmiştir.

Tarihsel ve kültürel çevreler ile bu çevrelerde yapılan kazı alanlarının büyük ve önemli bir kısmı şehir merkezlerinin dışında ve jandarma sorumluluk bölgesinde yer almaktadır. Polis Teşkilatının sorumluluk sahasında icra ettiği kültür varlığı kaçakçılığı ile mücadeledeki görevini 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na göre sorumluluk bölgesinde jandarma yürütmektedir.

Görev alanı kırsal kesim olan jandarmaya sorumluluk bölgesindeki ören yerlerinin, taşınır ve taşınmaz eski eserlerin bulunduğu yerlerin tespitini yapmak ve bu alanların devriyeler ile sık sık kontrol etmek, ortaya yeni çıkan bir eski eseri muhafaza altına alarak tahribine ve yağmalanmasına meydan vermemek, müze müdürlükleri ile koordinasyonda bulunmak, sabıkalı kuyumcu, antika satıcıları ve koleksiyoncuları sürekli takip etmek gibi eski eser kaçakçılığını önleme

ve kültürel mirasın korunması konusunda çok önemli görevler düşmektedir¹⁵.

3.3. Sahil Güvenlik Komutanlığı

Sahil Güvenlik Komutanlığı görev ve yetkileri 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nda belirtilmiştir. Anılan kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde “Türkiye Cumhuriyetinin bütün sahillerinde, iç suları olan Marmara Denizi, İstanbul ve Çanakkale boğazlarında, liman ve körfezlerinde, karasularında, münhasır ekonomik bölgesi ile ulusal ve uluslararası hukuk kuralları uyarınca egemenlik ve denetimi altında bulunan deniz alanlarında, kanunlarla kendisine verilen görevleri uygulamak ve yetkileri kullanmak ve b bendinde ise “ 1. Deniz yolu ile yapılan her türlü kaçakçılık eylemlerini, 2. 25/4/1973 tarih ve 1710 sayılı Eski Eserler Kanununa aykırı eylemleri, 3. 18/12/1981 tarih ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununa aykırı eylemleri, önlemek, izlemek, suçluları yakalamak, gerekli işlemleri yapmak, yakalanan kişi ve suç vasıtalarını yetkili makamlara teslim etmek.” hükmü bulunmaktadır.

Genel kolluk içerisinde yer alan ve kamu düzeni ve güvenliğini sağlayan bir kuruluş olan Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın eski eser kaçakçılığı ile birlikte her türlü kaçakçılık eylemlerine görev alanı içerisinde müdahale ederek, suç işleyenleri delilleri ile birlikte adli makamlara teslim etme görevi bulunmaktadır. Komutanlık, Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşu içerisinde bulunmakta olup, barışta görev ve hizmet yönünden İçişleri Bakanlığı'na bağlıdır.

4. Türkiye’de Adli Soruşturma Birimleri

Türkiye’de bir suça ilişkin ihbar ve şikâyetler, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 158. maddesi gereğince Cumhuriyet Başsavcılığına ve adli kolluk birimlerine yapılabilmektedir. Anılan kanunun 160. maddesinde “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup

¹⁵ Efe, T., a.g.e. s.84.

olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.” hükmü ile bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet Savcısının görevi ve yapması gereken işlemler belirtilmektedir.

163. madde de belirtilen zorunlu hallerde soruşturma işlemleri Sulh Ceza Hâkimi tarafından da yapılabilmektedir. Kanunun 170. maddesi gereğince kamu davası açmakla görevlendirilen Cumhuriyet Savcısı suça ilişkin araştırma işlemlerini emrindeki adli kolluk görevlileri ile birlikte yürütmektedir.

Cumhuriyet savcısı ile adli kolluk ilişkisi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 164. maddesinde düzenlenmiştir. Yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu’nda adli kolluk görevlileri yerine Zabıta amir ve memurları ifadesi kullanılmaktaydı. Ancak mevcut kanunda adli kolluk görevlisi tanımı getirilerek, polis, jandarma, sahil güvenlik ve gümrükler muhafaza birimlerinin adli soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlileri olarak belirlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 161. maddesinin 2. fıkrasında “Adlî kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.” ile 164. maddesinin 2. fıkrasında “Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adlî kolluğa yaptırılır. Adlî kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adlî görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir.” hükmü bulunmaktadır. Adli kolluğun görevi, Cumhuriyet Savcısının talimatları ile işlenmiş olan suçun araştırmasını yapıp, suça karışanları tespit edip yakalayarak, söz konusu suça ait maddi delil ve izleriyle birlikte adli makamlara teslim etmektir. Bu görevler, suçun işlenmesinden

sonra gerekli olan adli soruşturmanın yapılabilmesi yönündeki faaliyetlerdir.

Tarihsel ve kültürel çevreye ilişkin yapılan suçların (kaçakçılık, hırsızlık, zarar verme vb.) soruşturması genellikle Cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan veya adli kolluk görevlileri ile birlikte yapılmaktadır. Bu suçlara ilişkin özel yetkili bir savcılık birimi bulunmamaktadır.

5. Türkiye’de Tarihsel ve Kültürel Çevrenin Korunması ile İlgili Ulusal ve Uluslararası Mevzuatın Gelişimi

5.1. Tarihçe

Tarihsel ve kültürel çevre değerleri olan kültür ve tabiat varlıklarının korunması ile ilgili Osmanlı döneminde çıkarılan 1869, 1874, 1884 ve 1906 tarihli Asar-ı Atfka Nizamnameleri temel belgeler olmuştur. İlk olarak arkeolojik eserler ile sınırlı hükümler içeren bu nizamnamelerin kapsamı zaman içerisinde revize edilmiş, son nizamname Cumhuriyet döneminde uzun bir süre geçerli olmuştur.

1951 tarihli Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu Kuruluş Kanunu ile 1957 tarihli ve 6785 sayılı İmar Kanunu’nun bazı hükümleri eski eserlerle ilgili hükümler içermekle birlikte 1973 tarihli ve 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu Cumhuriyet döneminin ilk koruma yasası olarak anılmaktadır¹⁶.

5.2. 1982 Anayasası ve Sonrası Düzenlemeler

Genel olarak çevre ile kültür ve tabiat varlıkları, 1982 Anayasası’nın 56. maddesinde Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir...” hükmü ve 63. maddesinde “Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır...” hükmü ile koruma ve güvence altına alınmıştır.

1983 yılında 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu yürürlükten kaldırılarak 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu

¹⁶ Madran, E., Özgönül, N., Son Yasal Düzenlemelerde Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması ve Yerel Yönetimler El Kitabı, Ankara, 2005, s.11.

yürürlüğe konulmuştur. 2863 sayılı yasanın bazı maddeleri 3386 sayılı yasa ile 1987 yılında değiştirilmiştir. 14.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5226 sayılı ‘Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’ çerçevesinde 2863 sayılı kanunun bazı maddeleri değiştirilmiş ve yeni maddeler eklenmiştir. 29 maddelik bu kanunda, genel olarak koruma kurulları, müzelerin yönetimleri ve korumacılıkla ilgili maddelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesine yönelik maddeleri kapsamaktadır¹⁷. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunundaki hükümlerin; 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu ve 3194 sayılı İmar Kanunu’nda belirtilen hükümler ile desteklendiği görülmektedir.

1710 sayılı kanunda tanımlanan ‘Eski Eser’ kavramı, 2863 sayılı kanunda ‘Kültür Varlığı’ adını almıştır. 2863 sayılı kanuna göre Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları arasında;

- a) “Korunması gerekli tabiat varlıkları ile 19 uncu yüzyıl sonuna kadar yapılmış taşınmazlar,
- b) Belirlenen tarihten sonra yapılmış olup önem ve özellikleri bakımından Kültür ve Turizm Bakanlığınca korunmalarında gerek görülen taşınmazlar,
- c) Sit alanı içinde bulunan taşınmaz kültür varlıkları,
- d) Milli tarihimizdeki önlemleri sebebiyle zaman kavramı ve tescil söz konusu olmaksızın Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşunda büyük tarihi olaylara sahne olmuş binalar ve tespit edilecek alanlar ile Mustafa Kemal ATATÜRK tarafından kullanılmış evler.

Kaya mezarlıkları, yazılı, resimli ve kabartmalı kayalar, resimli mağaralar, höyükler, tümülüsler, ören yerleri, akropol ve nekropoller; kale, hisar, burç, sur, tarihi kışla, tabya ve isihkamlar ile bunlarda bulunan sabit silahlar; harabeler, kervansaraylar, han, hamam ve medreseler;

¹⁷ Tulay, A., S., Eski Eser Yağması, İstanbul, 2007, s.19.

kümbet, türbe ve kitabeler, köprüler, su kemerleri, su yolları, sarnıç ve kuyular; tarihi yol kalıntıları, mesafe taşları, eski sınırları belirten delikli taşlar, dikili taşlar; sunaklar, tersaneler, rıhtımlar; tarihi saraylar, köşkler, evler, yalılar ve konaklar; camiler, mescitler, musallalar, namazgahlar; çeşme ve sebiller; imarethane, darphane, şifahane, muvakkithane, simkeşhane, tekke ve zaviyeler; mezarlıklar, hazireler, arastalar, bedestenler, kapalı çarşılar, sandukalar, siteller, sinagoglar, bazilikalar, kiliseler, manastırlar; külliyeleer, eski anıt ve duvar kalıntıları; freskler, kabartmalar, mozaikler, peri bacaları ve benzeri taşınmazlar; taşınmaz kültür varlığı örneklerindendir. Tarihi mağaralar, kaya sığınakları; özellik gösteren ağaç ve ağaç toplulukları ile benzerleri; taşınmaz tabiat varlığı...” bulunmaktadır.

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu; yasal ve örgütsel çerçevenin dağınık yapısına karşın, koruma konusunda ayrıntılı ve kapsamlı, buna bağlı olarak da toparlayıcı ve otoriter bir niteliğe sahiptir. Tarihi ve kültürel çevrelerin korunmasında en önemli araçlardan planlamaya ilişkin hükümler anılan Kanunda yer almış, sit ilan edilen alanlar için planlama zorunlu kılınmıştır. Çevre ölçeğinde korumanın bir planlama sorunu olduğunun vurgulanması ve koruma amaçlı imar planı tanımı getirilmesi Kanunun olumlu yönleri olarak gösterilebilir.

5.3. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununda Belirtilen Cezalar

Türkiye’de 2683 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 65-75. maddeleri arasında anılan kanuna aykırı hareket edenlere ilişkin ceza yaptırımlarını düzenlemektedir. Kanunun 65. maddesinde “Tescil edilen sit alanları ve korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanlarının bu Kanuna göre tebliğ veya ilan edilmiş olmasına rağmen yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarar görmesine kasten sebebiyet verenler ile koruma bölge kurullarından izin alınmaksızın inşaat ve fiziki müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu Kanuna

aykırı olarak yıkma veya imar izni verenler, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen fiiller, korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına kaçırmak amacıyla işlenmiş ise verilecek cezalar bir kat artırılır. Bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulan idarelerden 57 nci maddenin yedinci fıkrası uyarınca izin almaksızın veya izne aykırı olarak tamirat ve tadilat yapanlar ile izinsiz inşaa ve fiziki müdahale yapanlar veya yaptıranlar altı aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırlar.” hükmü ile sit alanları ve korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanlarına kasten zarar verenler ile ilgili koruma kurullarından izinsiz yapı yapanlar ve fiziki müdahalede bulunanlar ile bu fiillerin kültür ve tabiat varlıklarının yurtdışına kaçırmak amacıyla işlenmesi durumunda öngörülen cezalar belirtilmiştir.

2863 sayılı kanunun 16 ncı maddesinde yer alan yasaklara aykırı olarak belge verenler, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile bu Kanunun 7 nci maddesinde yer alan ilan veya tebligatı bilerek, süresinde usulüne uygun yapmayanlar ise, üç aydan bir yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılırlar (66. madde) Kanunun 16. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile bu varlıkların bulunduğu korunma alanlarında ruhsatsız olarak inşaat yapma yasağı getirilmiştir. Kanunun ilan ve tebligata ilişkin 7. maddesinde ise “(Ek: 8/10/2013-6498/1 md.) Tek yapı ölçeğindeki kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanlarına ilişkin tescil kararları, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu uyarınca maliklere tebliğ edilir. (Ek: 8/10/2013-6498/1 md.) Sit alanlarının, tabiat varlıklarının ve tek yapı ölçeğinde tescil edilen taşınmazlar da dâhil olmak üzere malikleri idarece tespit edilemeyen taşınmazların tescil kararları, Resmî Gazete’de yayımlanır ve Bakanlığın internet sayfasında bir ay süreyle duyurulur.” hükmü ile düzenleme yapılmıştır.

Kültür ve tabiat varlıklarıyla ilgili olarak bildirim yükümlülüğüne mazereti olmaksızın ve bilerek aykırı hareket eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bildirimi yapılmamış olan kültür ve tabiat varlığını satışa arz eden, satan, veren, satın alan, kabul eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Ancak, bu durumda birinci fıkrada tanımlanan suçtan dolayı ayrıca cezaya hükmolunmaz. Ticareti yasak olmayan taşınır kültür varlıklarının izinsiz olarak ticaretini yapan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (67. madde). Madde hükmü kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket eden ve bu varlıkların alım satımını yapanlar ile ticareti yasak olmayan taşınır varlıkların izinsiz ticaretini yapan kişilere verilen cezaları düzenlemiştir.

Kültür ve tabiat varlıklarını bu kanuna aykırı olarak yurt dışına çıkaran kişi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır (68. madde). Madde de kanuna aykırı olarak bu varlıkların yurt dışına çıkaran kişilere ilişkin verilecek cezalar bulunmaktadır.

2863 sayılı kanunun 29 uncu maddesinde yer alan tetkik ve kontrole muhalefet edenler ile 41 inci maddede yer alan nakil işlerine aykırı hareket edenler altı aydan bir yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılırlar (69. madde). 29. madde çerçevesinde Kültür varlığı ticareti ile meşgul olanların işyerleri ve depoları mevzuat dahilinde Kültür ve Turizm Bakanlığı görevlilerince denetlenmektedir. Nakil işlemlerine ilişkin Kanunun 41. maddesinde “Kazılarda meydana çıkan bütün taşınır kültür ve tabiat varlıkları, kazı yapan heyet ve kurumlar tarafından her yıl yapılan kazı sonunda Kültür ve Turizm Bakanlığının göstereceği Devlet müzesine naklolunur. Kazı ve sondaj araştırmalarında elde edilen insan ve hayvan iskeletleri ile bütün fosiller, Kültür ve Turizm Bakanlığınca uygun görüldüğü takdirde, tabiat tarihi müzeleri ile üniversitelere veya ilgili diğer Türk bilim kurumlarına verilebilir. Ayrıca, kazı ve sondaj araştırmalarında elde edilen askeri tarihle ilgili her türlü taşınır kültür varlığı, Genelkurmay Başkanlığının uygun görüşü ile,

Kültür ve Turizm Bakanlığınca askeri müzelere devredilir.” hükmü bulunmaktadır.

Aynı kanunun 24 üncü maddesine aykırı hareket edenler bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar (70. madde). Kanunun 24. maddesinde “Devlet malı niteliğini taşıyan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının Devlet elinde ve müzelerde bulundurulması ve bunların korunup değerlendirilmeleri Devlete aittir. Bu gibi varlıklardan gerçek ve tüzelkişilerin ellerinde bulunanlar, değeri ödenerek Bakanlık tarafından satın alınabilir. 23 üncü maddenin (a) bendinde belirtilen etnoğrafik mahiyetteki kültür varlıklarının yurt içinde alımı, satımı ve devri serbesttir. Alımı, satımı serbest bırakılacak etnoğrafik eserlerin hangi devirlere ait olacağı ve diğer nitelikleri ile kayıt ve tescil şartları bir yönetmelikle belirlenir. Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyeti Tarihi ve Atatürk’e ait korunması gerekli taşınır kültür varlıkları, Bakanlık, Milli Savunma Bakanlığı veya Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu’nca satın alınabilir. Ancak, bu tip eserlerden her ne suretle olursa olsun yurt dışına çıkarılacakların kontrolü, Bakanlığa bağlı müzelerce yapılabileceği gibi bazı gümrük çıkış kapılarında bulundurulacak ihtisas elemanlarınca da yapılabilir. Hangi kapılarda ihtisas elemanı bulundurulacağı bir yönetmelikte belirlenir. Yapılan kontrol sonunda bu tip eserlerden yurt dışına çıkmasında sakınca görülenler tespit edilerek değerlendirilmeleri yurt içinde yapılmak şartıyla, sahiplerine iade edilirler. Bu maddede belirtilen ve alım, satımı serbest bırakılan eserlerde Devletin rüçhan hakkı mahfuzdur.” hükmü bulunmaktadır.

2863 sayılı kanunun 38, 42 ve 43 üncü maddelerine aykırı hareket edenler yüz günden az olmamak üzere adlî para cezasıyla cezalandırılırlar (71. madde). Kanunun 38.maddesinde “Türk ve yabancı bilim kurumlarına veya onların adına hareket eden kişilere verilen kazı ve sondaj ruhsatnameleri ile araştırma izni, Kültür ve Turizm Bakanlığının izni olmadan devredilemez. Bu iş için bir başkası tevkil olunamaz.”, 42. maddesinde “Kazı ve sondaj izni alanlar, bu çalışmayı sahipli arazide

yaptıkları takdirde, kazı, sondaj ve araştırma bölgesindeki arazi sahiplerinin zararlarını tazmin ile yükümlüdürler, Arazi sahipleri Kültür ve Turizm Bakanlığının oluşturacağı komisyonca takdir edilecek tazminat karşılığında, kazı ve sondaj veya araştırmaya izin vermeye mecburdurlar. Bu gibi yerler, gerektiğinde Kültür ve Turizm Bakanlığınca kamulaştırılabilir. Yabancı bilim kurumlarınca yapılan kazılarda, bu kamulaştırmanın bedeli kazı sahipleri tarafından ödenir. Hazine adına tescil edilecek yerin kamulaştırma bedelinin takdirinde genel kamulaştırma hükümleri uygulanır. Bu madde gereğince ödenecek tazminat ve kamulaştırma bedellerinin takdirinde, kazı, sondaj ve araştırma faaliyetlerinden önce, mevcut kültür ve tabiat varlıklarının eskilik, enderlik ve sanat değeri ile, bu faaliyetler sonucu bulunan kültür varlıklarının değeri, dikkate alınmaz.” 43. maddesinde ise “Kazı, sondaj ve araştırmalarda, meydana çıkacak olan varlıkların yayım hakkı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümleri gereğince, kazı, sondaj ve araştırma izni alan heyet ve kurumlar adına, kazı, sondaj ve araştırmayı fiilen idare edenlere aittir. Kazı başkanları, her kazı dönemi sonunda, Kültür ve Turizm Bakanlığına bilimsel bir rapor vermekle yükümlüdürler. Kazının bitiminden itibaren, kazı dönemi çalışmalarına ait bilimsel raporlarını en geç iki yıl, nihai bilimsel raporlarını ise beş yıl içinde yayımlamayan kazı heyetlerinin kazı, sondaj ve araştırmalarda buldukları kültür ve tabiat varlıkları üzerindeki her türlü yayım hakkı Kültür ve Turizm Bakanlığına geçer. Kültür ve Turizm Bakanlığı adına yapılan kazı, sondaj ve araştırmalara ait bilimsel raporlar, kazı başkanlığınca, yayımlanacak şekilde hazırlanır. Kültür ve Turizm Bakanlığınca uygun görülenleri yayımlar. Kültür ve Turizm Bakanlığınca uygun görülecek mazeretler dışında, yukarıda açıklanan süre içinde son raporlarını yayımlamamış bulunan heyet ve kişilere yeni bir kazı için ruhsatname verilmez.” hükümleri bulunmaktadır.

Aynı kanunun 26 ve 30 uncu maddelerine aykırı davrananlara, suç daha ağır bir cezayı gerektirmiyorsa üç aydan bir yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir (73. madde). 26. madde de belirtilen müze, özel müze ve koleksiyonculuk hükümleri ile 30.madde de belirtilen kamu kurum ve

kuruluşlarının haber verme zorunluluğu hükümlerine aykırı hareket edenlere ilişkin yaptırımlar düzenlenmiştir.

Kültür varlıkları bulmak amacıyla, izinsiz olarak kazı veya sondaj yapan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Ancak, kazı veya sondajın yapıldığı yerin, sit alanı veya bu Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer olmaması halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.

İzinsiz olarak define araştıranlar, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bu fiillerin yurt dışına kültür varlıklarını kaçırma amacıyla veya kültür varlıklarının korunmasında görevli kişiler tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza iki katına kadar artırılır. Kişinin bu maddede tanımlanan suçları işlemek suretiyle bulduğu kültür varlığını soruşturma başlamadan önce mahallî mülkî amire teslim etmesi hâlinde, mahkeme verilecek cezada üçte ikisine kadar indirim yapabilir. İzinsiz olarak define araştıran kişinin, hakkında kovuşturma başlayınca kadar, kendisini bu fiili işlemeye gerekli cihazları temin etmek suretiyle sevk eden kişilerin kimliklerini açıklaması ve yakalanmasını sağlaması hâlinde, mahkeme verilecek cezada indirim yapabileceği gibi, ceza verilmesine yer olmadığına da karar verebilir (74. madde). Madde hükmünde izinsiz araştırma, kazı ve sondaj yapanlar hakkında verilecek cezalar düzenlenmiştir.

Adli para cezasına ilişkin Türk Ceza Kanununun 52. maddesinde “Adlî para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.

En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adlî para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edilir.

Kararda, adlî para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir.

Hâkim, ekonomik ve şahsî hâllerini göz önünde bulundurarak, kişiye adlî para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler hâlinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adlî para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.” hükmü gereğince adli para cezaları bir gün için 20 TL ile 100 TL arasında değişmektedir.

5.4. Uluslararası Yasal Düzenlemeler

Günümüzde tarihsel ve kültürel çevre sorunlarının ulusal bir sorun olmadığı aksine bütün toplumları etkileyen uluslararası bir sorun olduğu gerçeği anlaşılmıştır. Ancak bu aşamaya gelene kadar, tarihsel ve kültürel çevreye ilişkin sorunlar, ülkelerin tek başlarına çözemeyecekleri kadar büyümüş ve daha karmaşık bir hale gelmiştir. Sorunların büyüklüğü ve karmaşıklığı, uluslararası çapta yeniden yapılanma ve işbirliğini zorunlu kılmaktadır. Bu zorunlulukların sonucunda, uluslararası alanda örgütlenmelere ve hukuki düzenlemelere ilişkin çalışmaların ağırlığı giderek daha çok hissedilmektedir. Tarihsel ve kültürel çevre için uluslararası alanda en önemli gelişmelerden birisi, hiç kuşkusuz çevre sorunlarına yönelik çözümleri hukuksal bir tabana oturtma çalışmalarıdır. Nitekim uluslararası alanda devletler, uluslararası örgütler ve gönüllü kuruluşların yapmış olduğu çalışmalar sonucunda, bugün uluslararası çevre hukuku ve yasal düzenlemeler ortaya çıkmıştır.

Çağdaş koruma olgusunun şekillenmesinde önemli bir yere sahip 1931 Atina Uluslararası Konferansı uluslararası kültürel miras ve uluslararası dayanışmanın yasal ve bilimsel olarak ele alındığı ilk yaklaşımdır. Bu konferansta, anıt korumanın tekniği ve yöntemine ilişkin temel ilkeler belirlenmiş, anıtlar ile birlikte anıt çevrelerinin de koruma altına alınması görüşü ortaya atılarak korumanın yasal ve yönetsel boyutu tartışılmıştır.

Atina Konferansı'nın ardından, 1933 yılında, yine Atina'da Uluslararası Modern Mimarlık Kongresi düzenlenmiştir. Modern kentleşme modern kent planlama ilkelerinin belirlendiği bu konferansın sonuç bildirgesi, 1941 yılında Atina Sözleşmesi (Şehir Planlama Sözleşmesi) adıyla yayınlanmış, Türkiye ve başta Avrupa ülkeleri olmak üzere birçok ülke tarafından imzalanarak kabul görmüştür. Kent planlama ve koruma ilişkisi ilk kez açık bir şekilde ifade edilmiştir¹⁸.

1954 yılında Kültür Varlıklarının Silahlı Müdahale Hallerinde Korunma Sözleşmesi Birleşmiş Milletlerin Eğitim, Bilim ve Kültür Organizasyonu (UNESCO) tarafından hazırlanmıştır. 1964 Venedik Sözleşmesi ile birlikte korunması gereken eserlerin yalnızca mimari eserler olmadığı belirtilerek korunması gereken kültürel mirasın tanımı genişletilmiş, daha fazla kapsayıcılık kazanmıştır.

Venedik Sözleşmesinin uluslararası kabul gören bir belge niteliği kazanmasının ardından, tarihi anıtların ve yenilenmesinde eşgüdümü sağlayacak uluslararası bir örgüt kurulmasının yerleşmelerin korunması ve gerekliliği belirlemiştir. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) tarafından 1965 yılında “Uluslararası Anıtlar ve Sit Alanları Konseyi (ICOMOS)” resmen kurulmuştur. ICOMOS'un faaliyete geçmesini takiben uluslararası platformda kültürel değerlerin korunmasına yönelik farkındalık yaratmak amacıyla yapılan toplantıların sonucunda aktif koruma yaklaşımı otoritelerce kabul görmüş ve koruma-planlama ilişkisi açık ve kapsamlı bir şekilde tanımlanmıştır.

1969 yılında Brüksel'de yapılan İlk Avrupa Tarihi Doku ve Kültürel Mirasın Korunması ve Rehabilitasyonundan Sorumlu Bakanlar Toplantısında özellikle Avrupa ülkelerinin koruma politikalarına yaklaşımları belirlenmeye çalışılmış ve koruma kavramının, “mimari

¹⁸ Kamacı, E., “2863 Sayılı KTVKK'nin Uluslararası Yasal Düzenlemeler Bağlamında Değerlendirilmesi”, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Mimarlık Fakültesi Dergisi, 2014, Cilt: 31 (2), s.2.

miras” deyimi ile çevresiyle uyumlu ve kent planlama politikaları ile bütünleşmiş bir kavram olarak kabulüne karar verilmiştir¹⁹.

İnsanlığın ortak mirası kavramının uluslararası alanda sıkça tartışılmaya ve giderek ortak kabul görmeye başladığı yıllarda, UNESCO nezdinde 1972 yılında Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunması Hakkında Sözleşmesi imzalanarak, 1975 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeyle kültür varlıklarının korunmasının yanı sıra “ortak miras” ve “doğal mirasın korunması” olguları ilk defa uluslararası yasal düzenlemelerde yer almıştır²⁰.

Avrupa Konseyi tarafından 1975 yılı “Dünya Mimari Miras Yılı” ilan edildikten sonra yapılan toplantılar neticesinde sonuç metni olarak Amsterdam Bildirgesi hazırlanmış, böylece korumanın bilimsel ölçütleri dönemin gelişmelerine göre genişletilmiştir. Daha sonra, 1985 tarihli Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi ve 1992 tarihli Avrupa Kentsel Şartı gibi belgeler yayınlanmış ve bunların çoğuna Türkiye’de tarihi ve kültürel çevrenin korunması kapsamında taraf olmuştur.

Uluslararası alanda kültürel mirasın korunması için UNESCO’nun işbirliği içinde çalıştığı Uluslararası Doğa Koruma Birliği (IUCN), Uluslararası Müzeler Konseyi (ICOM), Roma Uluslararası Koruma Merkezi (ICCROM), Avrupa çapında koruma ile ilgili çalışan sivil toplum örgütlerini çatısı altında toplayan Europa Nostra ve Amerika Birleşik Devletleri merkezli Dünya Anıtlar Fonu önemli çalışmalar yürütmektedir.²¹

6. İtalya’nın İç Güvenlik Yapısı

İtalya’da kamu düzeninin muhafaza edilmesinde ve iç güvenliğin sağlanmasında İçişleri Bakanlığının yetki ve sorumluluğu bulunmaktadır. Ulusal düzeyde İçişleri Bakanı kamu güvenliğinden en üst düzeyde sorumluluğu bulunmakla birlikte bu görevinde; Bakanlık Müsteşarı,

¹⁹ Eke, F., Özcan, Ü., (1988). “Tarihi Dokunun Korunması ve Uluslararası Deneyimler”, Mimarlık Dergisi, Sayı:2, s. 34-35.

²⁰ Kamacı, E., a.g.e., s.6.

²¹ Kamacı, E., a.g.e., s.6.

Kamu Güvenliği Genel Müdürü ve iç güvenlik müdürlerinin katılımı ile oluşan Ulusal Toplumsal Güvenlik ve Düzen Komitesi yardımcılarını oluşturmaktadır. Kamu güvenliğinin sağlanması vali tarafından yönetilen Kamu Güvenliği Departmanı tarafından yürütülmektedir.

İtalya'nın iç güvenlik yapılanmasında; büyük şehirlerden sorumlu Devlet Polisi ve kırsal alanlar ile küçük şehirlerden sorumlu Karabinyerinin önemli bir rol ve işlevi vardır. Devlet Polisi ile Karabinyeri arasındaki görev sorumluluk bölgesi ayırımı belirgin değildir.

Karabinyeri ve Devlet Polisinin dışında; görev alanı gümrük, mali ve kaçakçılık suçlarını kapsayan İçişleri, Savunma ve Maliye Bakanlıklarına bağlı görev yapan Mali Polis, İçişleri, Tarım ve Sivil Koruma Bakanlıklarına bağlı Orman Polisi ve Savunma, Adalet ve İçişleri Bakanlığına bağlı olup, sorumluluk alanı hâkim ve savcılarının korunması ile hapishanelerin muhafazası olan askeri bir yapıya sahip Hapishane Polisi görev yapmaktadır²². Bu anlamda; İtalya'nın Akdeniz'e komşu olan Türkiye ve Fransa'ya benzer çoklu bir kolluk yapısı bulunmaktadır²³. İtalya'da Silahlı Kuvvetler, Polis ve Karabinyeri birimlerinin askeri görevleri arasında;

- ✓ Ulusal bir felaket olması durumunda ülkenin kaynaklarının ve kurumlarının korunması,
- ✓ İtalya içinde ve dışında askeri ve polis operasyonlarına katılma, uluslararası anlaşmalar çerçevesinde barışı koruma güçlerinin bulunduğu yerlerdeki yerel polis birimlerinin yeniden kurulmasına yönelik çalışmalara iştirak etme,
- ✓ Silahlı Kuvvetler için güvenlik ve askeri polisin özel işlevi,
- ✓ Askeri Adalet organları için adli askeri polis işlevi,
- ✓ Yurtdışındaki askeri kurumların içinde bulunduğu İtalyan diplomatik kurumların güvenliği,

²² Türker, M., "İtalya Yönetim Sistemi", Yirmi Birinci Yüzyılda Yönetim, Ankara, 2002, s.509.

²³ Çevik, H., H., Taşçı, A., Aydın, Y., "İtalyan Kolluk Yönetimi", Polis Bilimleri Dergisi, Cilt:7 (4), 2005, s.123.

- ✓ Ulusal topraklarda kurumsal faaliyetlerde bulunan askeri personele yardım,
- ✓ Seferberlik hizmetleri.

Polisiye görevleri arasında;

- ✓ Adli görevler, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması,
- ✓ Ulusal sivil koruma yapısında, yerel halka yardım ve afet bölgelerinde hizmetin devamlılığının sağlanması bulunmaktadır²⁴.

6.1. Karabinyeri (İtalyan Jandarması)

İtalya’da Karabinyeri olarak adlandırılan kolluk teşkilatı *I. Victor Emanuel, Savoy Dükkü* ve Sardunya Kralı tarafından modern İtalya’nın oluşumundan yaklaşık yarım yüzyıl önce 1814 yılında kurulmuştur. Karabinyeri ismi ‘*Carabina*’ adı verilen geleneksel olarak taşınan tüfekten gelmektedir. İtalya birleştiği (içindeki devletlerin birlik oluşturması) zaman jandarma kraliyet ordusu olarak ülke çapında askeri varlığını koruyan Karabinyeri Teşkilatı aynı zamanda bir polis gücü gibi kolluk görevlerini de devam ettirmişlerdir²⁵.

İtalya’da silahlı kuvvetlerin bünyesinde bulunan Karabinyeri teşkilatı, Savunma Bakanlığı’na bağlıdır ve Avrupa’da askerileştirilmiş polislerin sonuncularından biridir. Karabinyerinin polisiye görevleri arasında;

- ✓ Suç öncesi gerekli önlemleri almak ve suç meydana geldikten sonra suçluları yakalamak,
- ✓ Yasa ve hukuksal mevzuatın uygulanmasını sağlamak,
- ✓ Kamu düzeninin korunmasını sağlamak ve kamu güvenliğine katkıda bulunmak,
- ✓ Adli duruşmaların güvenliğini sağlamak,
- ✓ Tutuklu ve hükümlülerin naklini sağlamak,

²⁴http://www.carabinieri.it/Internet/Multilingua/EN/InstitutionalDuties/07_EN.htm, Erişim Tarihi: 20.10.2014.

²⁵ *Mitzman, D.*, “It’s 200 years old, but what is Italy’s carabinieri?” p.1-12, July 2014, <http://www.bbc.com/news/magazine-28254297>, Erişim Tarihi: 12.11.2014.

- ✓ Tutukluların ve hükümlülerin gözetimine katkıda bulunmak,
- ✓ Sınırların korunmasına ve güvenliğine katkıda bulunmak.

Askeri görevleri arasında;

- ✓ Ülkenin ve kurumların korunmasını sağlamak,
- ✓ Ülkenin iç savunmasında doğrudan müdahale etmek,
- ✓ Seferberlik operasyonlarına yardım etmek,
- ✓ Silahlı kuvvetler personelini içeren bütün adli polis ve askeri polis görevlerini yerine getirmek bulunmaktadır.

Karabinyeri teşkilatı, göreve alma, organ idaresi, disiplin, silahlanma, terfi, iletişim, motorlu araçlarla donatma vb. durumlarda Savunma Bakanlığı'na bağlıdırlar. Ancak; sadece kamu düzenini koruma ve kamu güvenliği görevleri durumunda İçişleri Bakanlığı'na, adli polis görevlerini yaptıkları zaman da Adalet Bakanlığı'na bağlıdırlar. Karabinyeri personeli geçici olarak başka bakanlıklarda da görevlendirilebilirler.

Besin kalitesinin denetim görevini üstlendikleri zaman Sağlık Bakanlığı'na, kültürel mirasları koruma ve gözetim görevleri olduğu zaman Kültür Bakanlığı'na, yürürlükteki yasaları kontrol etme görevini gerçekleştirdikleri zaman Çalışma Bakanlığı'na, diplomatik yerleşkeleri koruma ve gözetme görevlerini yerine getirdikleri zaman Dışişleri Bakanlığı'na bağlı olarak da görev yapabilirler²⁶.

6.2. Hapishane Polisi

Hapishane polis teşkilatı 1990 yılında kurulan ve Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak görev yapan bir hapishane yönetim birimidir. Hapishane polisi, cezaevlerinin içinde ve dışında güvenliği sağlamakla görevlidirler. Cezaevlerinin dış duvarları boyunca tam teçhizatlı olarak gözetim yaparlar ve cezaevi girişlerinden izinsiz giriş ve çıkışları önlerler.

²⁶ Meyzonnier, P., Les Forces De Police Dans L'union Europeenne, (Avrupa Birliğinde Polis Güçleri), Çev. Dr.İsmail Metin, 2006, s.179.

Ayrıca, tutuklular için iş ve eğitim programlarını yönetirler ve hastanedeki suçluları göz altında tutmak da dahil olmak üzere hükümlüler için taşıma, eskort ve koruma hizmetlerini yerine getirirler. Bu teşkilatın, atlı ve köpekli birimleri bulunmakta olup, kendi deniz birimleri ile de hizmet vermektedirler. Ayrıca, hapishane polisi yasal kuralların ve güvenlik işlevlerinin yürütülmesini sağlamak üzere görevlendirilebilirler. Bu görevlere sivil korumaya ihtiyaç duyulan ve herkesin içinde bulunduğu yerlerde kurtarma operasyonu düzenlemek de dâhildir.

6.3. Mali Polis

Mali Polis Teşkilatı (*Guardia di Finanza*) 1774 yılında Sardunya Kralı 3.Victor Amadeus'un kurduğu 'Light Troops Legion'a dayanır. Bu polis teşkilatı Ekonomi ve Maliye Bakanlığı'na bağlı çalışan özel bir polis birimidir. Askeri bir polis türüdür, üniformalı İtalyan kuvvetlerinin önemli bir parçasıdır ve kanuni infaz kurumudur.

Mali Polis Teşkilatının kurumsal görevleri arasında; koruma, tarama ve kaçakçılıklar ile diğer herhangi finansal suçları bildirme ve politik ve ekonomik uygulamaları kontrol etme ve denizde devriye faaliyetleri bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla, mali polis teşkilatı ülkedeki bütün ekonomik ve finansal konularda genel yetkili bir polis kuvvetidir. Bununla birlikte teşkilat, halkın güvenliğinin sürdürülmesi için görevli ve ülke sınırlarındaki askeri savunma etkinliklerine de katkıda bulunmaktadır.

6.4. Devlet Polisi

Devlet polisi genel yetkilerle donatılmış ve sivil bir anlayışla kurulmuş polis gücüdür. Kamu Güvenliği Departmanına bağlı olarak görev yapan ve merkezi yönetim kadrosu doğrudan İçişleri Bakanlığı emri altında görev yapan Devlet Polisi İtalya'nın kamu düzeni ve güvenliğini sağlar. Devlet polisinin görevleri arasında;

- ✓ Vatandaşın hak ve özgürlüklerini korumak,
- ✓ Demokratik kurallar çerçevesinde kamu güvenliğini sağlamak ve korumak,
- ✓ Suçu önlemek ve suçla mücadele etmek,

- ✓ Toplumu etkileyen felaketlere müdahale etmek ve yardımcı olmak bulunmaktadır.

Devlet polisinin başında Emniyet Genel Müdürü bulunmakta olup, güvenlik sistemini ulusal bölgelerden yerel ofislere kadar yönetir. Bu sistem, İl Polis Merkezini (*Questura*) ve Polis İstasyonlarını (*Commissariati*) kapsar. İçinde Trafik Polisi, Sınır Polisi, Trenyolu Polisi, Posta ve İletişim Polisi, Mobil Birimler ve Olay Yeri İnceleme Polisinin de olduğu özel birimlere ve hizmet numaralarına sahiptir.

6.5. Orman Polisi

1822 yılında kurulan Orman polisi, çevre ve tarımı koruyup tedbir alan, İtalya'nın doğal mirasını ve tabiatını korumakta uzmanlaşmış, kamu hukuku altında görev yapan polis kuvvetidir/kolluğudur. Orman Polisi; parkları, yaban hayatı koruma alanlarını ve devlete ait doğal rezervleri korumakla yükümlüdür. Yasak bölgelerde avlanma ile savaşırken, nehirlerde balık avını kontrol altında tutar ve yasadışı atık imhasına karşı mücadele eder.

Ülke çapında 1000 istasyonu ile birlikte gıda güvenliğiyle ilgilenir. Tarım ve ormancılıkta Avrupa Birliği düzenlemelerinin uygulanmasını izler. En gelişmiş soruşturma teknikleriyle yangın bağlantılı cinayetleri analiz eder. Yaban hayatı korumakla, hayvanlara karşı suistimali gözetmek ve önlemekle yükümlüdür.

Ayrıca Orman polisi nesli tükenen, tükenmekte olan yaban hayvan ve bitki türlerinin uluslararası ticaretini izler/takip eder. Dağ güvenliğinin sağlanması, çığ engellenmesi ve çığda kaybolan ya da çığ altında kalan insanları kurtarmakla yükümlüdür²⁷.

6.6. Kültürel Mirası Koruma Komutanlığı

'*Nucleo Carabinieri Tutela Patrimonio Artistico*' adıyla bilinen Kültürel Mirası Koruma Komutanlığı Karabinyeri bünyesinde 1969 yılında kurulmuştur. Bir yıl sonra Avrupa Birliğine üye devletler, ulusal

²⁷ 6.2, 6.3, 6.4 ve 6.5. bölümleri (Hapishane Polisi,Mali Polis, Devlet Polisi ve Orman Polisi) Europol Teşkilatının resmi web sitesi içinde bulunan <https://www.europol.europa.eu/content/memberpage/italy-183> adresinden derlenmiştir.

mirasın korunmasına yönelik özel birimler kurulması için 1970 yılında Paris’te düzenlen UNESCO konvensiyonuna davet edilmişlerdir. İtalyan ekonomisinin belirgin olarak gelişme gösterdiği yıllarda dünya çapında koleksiyonlarda bulunan kültürel eserlerin, çalıntı ve kaçakçılık yolu ile ihracatı yapılmaktaydı.

Ülkesinde bulunan kültürel mirasın dağılımını tespit etmek ve korumak için, İtalya jandarma Genel Komutanlığı bünyesinde, paleontolojik, arkeolojik, sanatsal ve tarihsel ulusal varlıklarını koruma birimi kurulmuştur. Bu özel jandarma birimi yaptığı ilk operasyonlar ile ulusal ve uluslararası itibar ve güven elde etmiştir. 2001 yılında bu birimin adı Kültürel Mirası Koruma Komutanlığı “*Comando Carabinieri per la Tutela del Patrimonio Culturale*” olarak değiştirilmiştir²⁸.

Kültürel Mirası Koruma Komutanlığı’nın merkezi Roma’da bulunmakta olup, merkezde 300 personel görev yapmaktadır. Birimde;

- ✓ Operasyon Ofisinin de dâhil olduğu suç olaylarının analizini ve değerlendirmesini yapan Merkez Ofisi,
- ✓ Operasyon Bölümü bulunmakta olup, bu bölüm ise Antikalar birimi, Arkeoloji birimi ve Sahtecilik Biriminden oluşmaktadır.

Monza, Venezia, Torino, Bologna, Genova, Firenze, Ancona, Napoli, Cosenza, Bari, Palermo ve Sassari’de Kültürel Mirası Koruma Komutanlığı’nın ofisleri bulunmaktadır²⁹.

5 Mart 1992 tarihli kanun hükmündeki kararname ile jandarmanın kültürel mirasın korunması konusundaki görevi belirlenmiş ve bu konuya büyük önem verilmiştir. Aynı zamanda İçişleri Bakanının 28 Nisan 2006 tarihli kararı ile de İşletim ve Veri Tabanı Merkezinin (TPC) bilgi toplama

²⁸ The Carabinieri Cultural Heritage Protection Service, Anno Della Cultura Italiana Year of Italian Culture, Ministero Degli Affari Esteri, 2013.

²⁹ Nanni, G., L., “Departement of Carabinieri for the protection of cultural heritage”, Commander of “Counterfeiting and Contemporary Art” Unit Carabinieri for the Protection of Cultural Heritage, 2014, P:638. www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/.../nanni_en.pdf.

ve analiz merkezi olmasına ve bütün polis ve uluslararası kurumlara bu kültürel mirasın korunması konusunda destek olması için yetki verilmiştir. Bu merkez aşağıdaki faaliyetler kapsamında polisin ülke çapındaki diğer bütün birimleriyle, diğer polis güçleriyle ve Kültürel Miras ve Turizm Bakanlığı'nın bölge ofisleriyle koordinasyon içerisinde çalışmaktadır:

- ✓ Kültürel mirasa yönelik hırsızlık, çalıntı malın ele geçirilmesi, yetkisiz arkeolojik araştırma, sahtecilik vb. suçların faillerine yönelik özel soruşturmalar,
- ✓ Uçak, atlı polis, devriye botları ve dalgıç birimleri dâhil edilerek kara ve denizde arkeolojik alanların, araştırmaya değer bölgelerin ve UNESCO'nun 'Dünya Mirasları' kapsamındaki yerlerin takibi,
- ✓ Kültürel varlıkların alınıp satıldığı ticari faaliyetler ve fuar / pazar gibi yerlerin kontrol edilmesi,
- ✓ Müze, kütüphane ve arşivlerin güvenlik tedbirlerinin onaylanması,
- ✓ Açık arttırma ve e-ticaret sitelerinin kataloglarının kontrol edilmesi,
- ✓ Kanun dışı imha edilen kültürel varlıkların veri tabanı yönetimi,
- ✓ Kültürel Miras ve Turizm Bakanlığının merkez ve bölge ofislerine uzman tavsiyesi sunulması,
- ✓ Doğal afetlerden etkilenen bölgelerdeki sanatsal eserlerin ve kültürel varlıkların emniyeti ve kurtarılması kapsamında ulusal ve bağımsız kriz ve koordinasyon birimlerine katılım sağlanması³⁰.

7. İtalya'da Tarihsel ve Kültürel Eserlerin Mülkiyet Yönetimi ve Korunması

Uluslararası hukuk çerçevesinde, egemen ulus devletin yasal otoritenin kaynağı olarak varlığını sürdürmesi, onu kültürel mirasının

³⁰ The Carabinieri Cultural Heritage Protection Service, a.g.e. p.12-13.

koruyucusu kılmaktadır³¹. İtalya bu rolü, özel polis kuvvetleri ve kültür varlıklarının muhafaza altına alınması ile geri getirilmesini düzenleyen bir dizi kanunu da içeren, kapsamlı bir plan dahilinde yerine getirmektedir³².

Sanat hırsızlıkları ve çalınan veya yasadışı olarak yurt dışına kaçırılan sanat eserlerinin soruşturulması konusunda görev yapan iki polis birimi (İtalyan Polisi ve Karabinyeri ‘Kültürel Mirası Koruma Komutanlığı’) bulunmaktadır. Maliye Bakanlığı’nın polis gücü olan mali polis teşkilatının içinde sanat hırsızlıkları ve yasadışı kazı konularını araştıran bürosu vardır³³.

İtalya’daki kültürel mirası koruma planı³⁴ ulusal mülkiyet kanunu ve ihracat kontrol düzenlemelerini kapsamaktadır. Sanatsal ve tarihi değeri bulunan objelerin korunmasına ilişkin 1 Haziran 1939 tarihli Ulusal Mülkiyet Kanunu, ülkede 1902 yılından önce bulunan antikaların mülkiyetine izin vermektedir. Diğer temel mülkiyet kanunları gibi bu kanun da yasadışı kazı yapılmasını ve eserlerin yurt dışına çıkarılmasını hırsızlık fiili olarak değerlendirmektedir³⁵.

Ulusal mülkiyet kanununa ilave olarak İtalya’da elli yaşından eski olan herhangi bir eserin yurt dışına çıkartılmasına engel olan bir ihracat kontrol mekanizması bulunmaktadır³⁶. Bu kanunun öncelikli amacı özel mülkiyetin elinde bulunan kültür varlıklarıdır. Ayrıca bu düzenlemenin yokluğu halinde bu varlıkların uluslararası ticarete serbest olarak hareket etmesi ihtimal dahilindedir³⁷.

Teorik olarak İtalyan ihracat kontrol düzenlemesi, Ulusal Mülkiyet Kanunu ile koordineli olarak tümünü olmasa da kültür varlıklarının

³¹ Patty, G., “The Public Interest in the Restitution of Cultural Objects”, 2001, p.211.

³² *Economist*, “Contra An Embarrassment of Riches”, Dec. 24, 1994-Jan. 6, 1995, p.53,

³³ Slayman, A., L., “Italy Fights Back”, *Archaeology*, 1998, p.43.

³⁴ Merryman, J., H., *The Retention of Cultural Property*, in *Thinking About The Elgin Marbles: Critical Essays On Cultural Property, Art and Law*, 2000, p.122, 123.

³⁵ Kaye, L., M., *Art Wars: The Repatriation Battle*, 1998, P.79, 80.

³⁶ Gimbrre, S., “Illicit Traffic in Cultural Property and National and International Law”, in *Illicit Traffic in Cultural Property: Museums Against Pillage*, 1995, p.53,

³⁷ Merryman, J., H., *Two Ways of Thinking About Cultural Property in Thinking About The Elgin Marbles: Critical Essays On Cultural Property, Art and Law*, 2000, p.66.

çoğunu muhafaza etmeyi hedefleyen ulusal bir kültürel mülkiyet rejimi yaratmaktadır. Bununla birlikte uygulamada ihracat yasağı, kültür varlıklarının geri alınması ve korunması konusunda Ulusal Mülkiyet Kanunu kadar etkili değildir. Her ne kadar ulusal mülkiyet kanunu ve ihracat kontrol düzenlemesi, ikisi de milli hükümlerliliğin tecellisi olsa da, ikincisi ihracat kontrollerine zarar vermektedir³⁸.

Yasal mülkiyet hakları gibi hukuki konuları esas alan Ulusal Mülkiyet Kanununun aksine, ihracat kontrolleri temel ekonomik prensipleri göz ardı ederek arz talep dengesini yasal olarak düzenlemeye kalkışmaktadır. İhracat kontrol politikası ulusal mülkiyete ilişkin hukuki iddialardan yola çıkarak, malların fiziksel dolaşımını düzenlemektedir. Antikalara olan talep dikkate alınmadan yapılan ihracat kontrolleri hukuki olarak tatmin edici bir sonuç vermekten uzak olup, bu ticareti kaçak zemine (yeraltına) yönlendirecektir. Bu kanunlar, malların dolaşımına neden olan talep unsurunu dikkate almadıkça kanunsuz ticaretini önleyemeyecektir³⁹.

8. İtalya'da Adli Soruşturma Birimleri

İtalya'da farklı statü ve yapılarda çeşitli kolluk birimleri görev yapmaktadır. Devlet Polisi, Karabinyeri ve Mali Polis en önemli kanun uygulayıcı birimler arasında bulunmaktadır. Devlet Polisi İçişleri Bakanlığı'na bağlıdır. Diğer taraftan Silahlı Kuvvetlerin bir parçası olan Karabinyeri, askeri bir yapıya ve düzenlemeye sahiptir. Karabinyerinin Savunma Bakanlığı'na karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Bu iki kolluk biriminin temel görevi kamu düzeni ve güvenliğini sağlamaktır. Mali Polis Silahlı Kuvvetlerin bir parçası olmasına karşın, kamu düzeninin sağlanması görevine ek olarak, Ekonomi ve Maliye Bakanlığı'nın idaresi altında esas olarak mali suçlar ve kaçakçılıkla mücadelede sorumludur.

³⁸ Merryman, J., H., *The Nation and the Object in Thinking About The Elgin Marbles: Critical Essays On Cultural Property, Art and Law*, 2000, p.158,159.

³⁹ Park, S., J., "The Cultural Property Regime in Italy: An Industrialized Source Nation's Difficulties in Retaining and Recovering its Antiquities" 2002, p.941.

Kendi görev alanlarında, özel görevleri yerine getiren diğer birçok güvenlik birimi de bulunmaktadır. Bu güvenlik birimleri arasında; bağımsız belediyelerin idaresinde görev yapan ve sınırlı yetkileri bulunan Belediye Polisi ile Tarım Bakanlığı'nın idaresi altında orman ve ağaçlık alanların korunmasından sorumlu Orman Polisi ve Adalet Bakanlığı idaresindeki Hapishane Polisi görev yapmaktadır.

Devlet polisi, Karabinyeri ve Mali polis teşkilatı olmak üzere, bütün güvenlik birimlerinin piramit biçiminde bir organizasyon yapısı bulunmaktadır. Düşük seviyedeki yapılar bölgesel seviyede örgütlenmektedir. Her bölge başkentinde Polis Genel Müdürlüğü, Karabinyeri Genel Komutanlığı ve Mali Polis Genel Müdürlüğü'ne bağlı birer polis müdürlüğü, karabinyeri komutanlığı ve mali polis müdürlüğü bulunmaktadır.

Herhangi bir kolluk biriminin (Devlet Polisi, Karabinyeri ve Mali Polis) yetkilisi, savcı tarafından herhangi bir adli soruşturmada görevlendirilebilmekte ve bu durumda adli polis olarak (idari yapılanmadan ziyade görevin nevi bakımından) görev yapmaktadır.

Adli yetkililerin adli polise doğrudan talimat vermesine imkan sağlayan Anayasanın 109. maddesi uyarınca adli polis adli makamlara karşı sorumludur. Bu anayasa maddesini etkin kılmak amacıyla, kanunda adli polisin görevlerini yerine getirirken adli makamların gözetim ve denetiminde olacağı belirtilmiştir. Özellikle savcılık ofisinde yer alan bazı adli polis birimleri başta olmak üzere, adli polis ile savcı arasında güçlü bir iletişim bulunmaktadır⁴⁰.

İtalyan Anayasası, yürütme gücünden bağımsız bir adli otoritenin varlığını garanti altına almaktadır. Adli araştırma ve soruşturmalar devlet adına görev yapan savcılık tarafından yapılmaktadır. Savcılık, gerekli araştırma ve soruşturmaları yaptırabilir. Bunun sonucundaki bilgileri, değişik iç güvenlik güçleri ile paylaşabilir. Hatta bu bilgileri mali polise

⁴⁰The Criminal Justice System in Italy, http://www.isit-paris.fr/documents/ImPLI/ImPLI_FactSheetItaly_EN.pdf. Erişim Tarihi: 06.11.2014.

ve İtalya'da polis kuvvetleri mensubu olarak bulunan tutukevleri organlarına da iletebilir.

Adli polis denetimi, yargıçlar tarafından anayasaya uygun olarak yapılır. Polis, suçüstü durumunda işlem yaptığı zaman, adli yetkiliye haber vermek zorundadır. Böyle bir durumda polisin şüpheliyi gözlem altına alma süresi 48 saati geçemez. Suçüstü çerçevesinde adli polisin şüpheliyi sorgulama ve konutunda arama-tarama yapma yetkisi vardır. Ancak hakim devamlı olarak yapılan adli işlemlerden haberdar edilmek zorunda olup, bütün tutanaklar ve suç tanıkları kendisine tevdi edilmek durumundadır. Teoride hâkim kararına bağlı olarak telefon konuşmaları dinlenebilir⁴¹.

9. İtalya'da Kültürel Mirasın Korunması İle İlgili Mevzuat

İtalyan Anayasasının 9. maddesinde “Cumhuriyet, kültürün, bilimsel ve teknik araştırmanın gelişimini teşvik eder. Doğal güzellikleri, Millet tarih ve sanat mirasını himaye eder.” hükmü ile 118. maddesinin 3. fıkrasında “Devlet mevzuatı, 117'nci maddenin ikinci fıkrasının, b ve h bentlerinde belirtilen konularda Devlet ve bölgeler arasında koordinasyonu sağlar ve ayrıca kültürel mirasın korunması alanında anlaşmaları ve işleri koordine eder.” hükmü bulunmaktadır. Anayasanın 9. maddesi ile İtalya doğal, tarihi ve sanat eserlerinin devlet tarafından koruma altına alındığı görülmektedir.

Anayasanın 117. maddesinde ise “Anayasaya uygun olarak, Avrupa Birliği mevzuatı ve uluslararası yükümlülüklerden doğan kısıtlamalar çerçevesinde, kanun yapma yetkisi Devlete ve bölgelere aittir.” hükmü ve anılan maddenin s bendi gereğince çevre, ekosistem ve kültürel mirasın korunması konusunda sadece devlet tarafından kanun yapılabilmektedir. Ayrıca tanıtım ve kültürel faaliyetlerin organizasyonu dahil olmak üzere

⁴¹ Meyzonnier, P., a.g.e. s.159.

kültürel ve çevresel özelliklerin geliştirilmesi konusunda Avrupa Birliği mevzuatı geçerlidir⁴².

9.1. Ulusal Düzenlemeler⁴³

İtalya Resmi Gazetesinde yayınlanan 29 Ekim 1999 tarih ve 490 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Kültür ve Çevre Kanununun birleştirildiği 27 Aralık 1999 tarihli 229 numaralı Cumhuriyet Kanunu tarihsel ve kültürel çevrelerin korunmasında ulusal düzenlemelerin çerçevesini oluşturmaktadır. Tek bir Kanun Hükmünde Kararname toplum ve ulusal düzenlemeleri bir araya getirmektedir.

9.1.1. Korumanın Çerçevesi

İtalyan anayasasının 9. maddesi kültürel varlıkların geniş bir yorumunu içermektedir. Bu maddeye göre bir objeyi kültürel bir varlık olarak adlandırmak basitçe estetik bir hüküm değildir. Aynı zamanda doğrudan veya dolaylı olarak sanatla ilgili olup olmadığı ile ilgili korumaya değer olduğu varsayılan objeleri korumada kamu yararının değerlendirmesine de dayanmaktadır. Bu objelerde kamu yararı önemli olduğunda, Kültürel Faaliyetler ve Varlıklar Bakanlığı onları kısıtlama altına alır.

Kısıtlama söz konusu varlığın özel bir önemi olduğunu ve 490/99 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamedeki koruyucu düzenlemelerin tümüne tabi olduğunu ilan eden idari bir talimattır. İtalyan hukukunda kültürel varlıkların ulusal bölgeden dışarı çıkartılması iki yolla mümkün olmaktadır: Ömrü 50 yıldan daha az olan veya yapımcısının hala yaşadığı varlıklar sürekli olarak ihraç edilebilirken, kısıtlı kültürel varlıklar topraklardan sadece geçici olarak ayrılırlar.

⁴²<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011eylulanayasalarulkeanapdf10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf> Erişim tarihi: 21.11.2014.

⁴³ 9.1., 9.2. ve 9.3. bölümlerine ilişkin İtalya'da Kültürel Mirasın Korunması ile ilgili konular İtalya ile ilgili http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/cgoods_it_en.pdf adresinde bulunan “**National legislation for the protection of cultural heritage**” başlıklı metinden derlenmiştir.

Kısıtlanmış kültürel varlıkların tamamı ve 490/99 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. Maddesi ve 3. Maddesinin (1) d, e ve f bendi altında listelenen tüm varlıklar ulusal topraklardan ihraç edilemezler. Çünkü bu varlıkların çıkartılması ulusal tarih ve kültürel mirasa zarar teşkil edecektir. Ulusal topraklardan ihraç edilemeyen kültür varlıkları:

- ✓ Sanatçıların yaşamadığı veya 50 yıldan fazla bir süredir sergilenmemesi şartıyla Tarihi, sanatsal ve arkeolojik açıdan ilgi uyandıran taşınmaz ve taşınabilir varlıklar (Madeni Para, oldukça ender olan veya değeri olan el yazmaları, pullar, ensizyonlar, coğrafik haritalar, müzik parçaları, fotoğraflar),
- ✓ Müstesna şekilde sanatsal ve tarihi olarak ilgi çeken koleksiyonlar,
- ✓ Arşivler,
- ✓ Kütüphaneler,
- ✓ Üzerinden 25 yıl geçen film çalışmaları, fotoğraflar ve ses getiren reproduksiyonlar,
- ✓ 75 yılı doldurmuş ulaşım araçları,
- ✓ 50 yılı doldurmuş objeler ve teknik ve bilimsel aletler.

Kısıtlanmamış kültürel varlıklar Serbest Hareket Sertifikası ve İhracat Lisansı (Sadece Avrupa Birliğinin dışındaki yerlere ihraç edilen eşyalar için) olmak üzere 2 farklı idari belgelerle birlikte ihraç edilebilmektedir.

Her iki belge de Ulusal İhracat Ofisleri tarafından verilmektedir. İhracat lisansları İhracat Ofisleri tarafından aynı zamanda Serbest Hareket Sertifikası olarak verilebilir ve 6 ay geçerlidir. Eğer bir ihracat lisansının verilmesinin üstünden 30 günden fazla geçmediyse, bu lisans Serbest Hareket Sertifikasını veren ofis tarafından da verilebilir.

Kültürel varlıkların ulusal topraklara ithalatı ile ilgili, Üye (Avrupa Birliği Üyesi) bir devlet tarafından İtalya'ya gönderilen veya üye olmayan (Avrupa Birliği Üyesi olmayan) bir ülke tarafından ithal edilen eşyaların sertifikaları yalnızca talep üzerine ihracat ofislerince sağlanacaktır.

9.1.2. Kültürel Varlıkların Korunması

Kültürel varlıkların ihracatı ile ilgili olarak, gideceği yerin üye devlet olup olmadığına bakılmaksızın, kısıtlı eşyaların sürekli ihracı yasaklanmıştır. 490/99 sayılı Kararnamenin 2. maddesi ve 3. maddesinin 1 d, e ve f bendinde yer alan Kısıtlı olmayan eşyalar İhracat Ofisince 3 yıllık geçerli bir serbest dolaşım sertifikası olması kaydıyla diğer üye devletlere ihraç edilebilir. İhracat lisansı olması halinde de üye olmayan ülkelere ihraç edilebilir. Her iki belgede yetkili Genel Müdürlük izni gerekmektedir.

Kısıtlı eşyalar ve ihracat izninin reddedildiği kamu koleksiyonunun bir parçası olan eşyalar sadece sanat sergileri ve büyük kültürel menfaatler sağlayan diğer gösterimlerden dolayı ulusal topraklardan geçici olarak ayrılabilirler. Bakanlık geçici çıkış iznini verir ve iptal edebilir veya gerekli koşulların sağlanmasını zorunlu tutabilir. Bu tür çalışmalar ülkenin dışına çıkarıldığında eserlerin geri dönüşü en azından eşyanın değerinin % 10'na karşılık gelen banka garantisi veya sigorta poliçesi olan bir depozito ile garanti edilmelidir. Bu garanti söz konusu eşyanın belirlenen süre içerisinde ülke topraklarına geri getirilmediğinde paraya çevrilmesini de öngörmektedir.

İtalya'da milli hazinelerin korunması ilişkin ayrı bir kategori yoktur. Milli hazine devlete ait eşya olarak yorumlanır, özel şahısların elinde olanlar ve koruma çerçevesi altında tanımlanan kısıtlı eşyalar da bu kapsamdadır.

Milli kültürel mirası korumak için İtalya'da denetimler yapılmaktadır. İhracat kontrolü bütün Gümrük Ofisleri tarafından yapılmaktadır. Eşyaların korunması Gümrük ofisleri ile beraber Mali polis ve Devlet polisi, ulusal olarak ve özellikle Kültürel Mirası Koruma Komutanlığı tarafından sağlanmaktadır. Kontrol için yasal dayanağın kaynağı kültürel mirası korumadaki kamu yararadır.

Mali polis gümrüğe sunulan hangi eşyaların sanat çalışmaları altında kanunsuz olarak gizlenebileceğini tespit etmek için özel işaretler

kullanılmaktadırlar. Devlet polisinin şahısları aramak için Mali polisin ise bagajları kontrol etme yetkileri bulunmaktadır.

9.1.3. Kültürel Varlıklar ve Milli Hazinele İle İlgili Cezalar

490/99 sayılı kararnamenin 123. maddesi gereği Madde 3 1 d, e ve f de sayılan sanatsal, tarihi, arkeolojik, antropolojik, bibliyografik, belgesel, arşivsel nesneleri serbest dolaşım ve ihracat lisansı olmadan yabancı ülkelere transfer eden kimseler 1 ile 4 yıl arası hapis cezası ya da 258,23-5164,57 euro arası para cezası ile cezalandırılırlar. Bu cezalar geçici olarak yurtdışına çıkarılan eşyaların zamanında ülkeye geri getirmeyen kişilere de uygulanır.

Hakim söz konusu eşyalara bir suç işleyen kişiye ait olmadıkça el koyar. El koyma kaçak eşyalarla ilgili gümrük düzenlemeleri doğrultusunda gerçekleştirilir. Eğer söz konusu suç, mesleği kültürel objeleri satmak ve sergilemek gibi hususları içeren birisi tarafından işlenirse hapis cezasına ilerde bu ticareti yapmaktan men eden bir cezada eklenebilmektedir.

9.1.4. Diğer Özel Milli Düzenlemeler

490/99 sayılı kararnamenin 68. maddesi çerçevesinde, İhracat Ofisi, Kültürel Eşyalar ve Faaliyetler Bakanlığı ve ilgili bölgesi tarafından hakkında serbest dolaşım sertifikası talep edilen eşyayı ortaklaşa satın almalarını ilgililere önerebilir.

İtalyan hukuku kısıtlı kültürel eşyaların sahipleri için vergi teşvikleri sağlamaktadır. Bu tür eşyaların uluslararası dolaşımıyla ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kültürel eşyaların geçici ihracatı en azından eşyanın tahmin edilen değerinin % 10'na karşılık gelen banka garantisi veya sigorta poliçesi olan bir depozito ile garanti edilmelidir ve bu depozitoya eğer izin verilen eşyalar belirlenen süre zarfında ülke topraklarına geri getirilmezse yetkililer tarafından el koyulabilir.

9.2. Kültürel Mirasın Korunması Hakkında Topluluk Mevzuatı

Avrupa Birliğine üye bir devletin topraklarından kanun dışı olarak giden kültürel varlıkların geri dönüşü ile ilgili 15 Mart 1993 tarihli 1993/7

sayılı Konsey Direktifi ve 3911/92 sayılı düzenlemeyi İtalya tek bir kanunda toplamıştır (30 Mart 1998 tarih 88 sayılı Kanun). Bu kanun daha sonra 29 Ekim 1999 tarih ve 490 sayılı Kararnamenin içine güçlendirilmiş Kültür ve Çevre Kanunu olarak ilave edilmiştir.

Kültürel varlıkların kanunsuz olarak ülkeden uzaklaştırılmasının veri tabanı 490/99 sayılı Kararnamenin 83. maddesi ile tesis edilmiştir ve Kültürel Mirası Koruma Ofisinin koordinesinde Bakanlık içinde kurulmuştur.

9.3. Uluslararası Anlaşmalar

İtalya 1970 tarihli UNESCO (Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili) Sözleşmesini, Aja Sözleşmesini (Silahlı çatışma olması halinde kültürel varlıkların korunması üzerine) ve 1995 tarihli UNIDROIT (Çalınan ya da Yasadışı İhraç Edilen Kültürel Objeler Hakkında) Sözleşmesini imzalamıştır. Anlaşmaların ve sözleşmelerin uygulanmasından sorumlu Bakanlık Dışişleri Bakanlığı'dır.

10. Türkiye ve İtalya'da Kolluk Kuvvetleri ve Mevzuat Açısından Tarihsel ve Kültürel Çevre Korunmasının Değerlendirilmesi

10.1. Kolluk Kuvvetleri Açısından

3152 sayılı kanun çerçevesinde Türkiye'de kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması İçişleri Bakanlığı'nın görevleri arasında bulunmaktadır. Anılan kanun doğrultusunda kara sınırları içerisinde Bakanlığa bağlı kuruluşlar olan Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nca denizlerde ise Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından kamu düzeni ve güvenliği sağlanmaktadır.

5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanun ve Adli Kolluk Yönetmeliğinin ilgili maddeleri gereğince; Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Gümrük Muhafaza Genel Müdürlüğü'nün ilgili birimlerine adli kolluk yetkisi ve görevi verilmiştir. Anılan Kanunun 164. maddesinin 2. fıkrası gereğince de adli kolluk görevlilerinin konusu suç teşkil eden bir olaya ilişkin

yapacakları ilk soruşturma işlemleri Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları çerçevesinde yerine getireceği hükme bağlanmıştır. Cumhuriyet savcısı adli kolluk görevlilerinin adli görevlere ilişkin amiri konumundadır.

Daha önce de belirtildiği gibi İtalya'da temel kolluk ve kanun uygulayıcı birimleri arasında Devlet Polisi, Karabinyeri ve Mali Polis bulunmaktadır. Devlet Polisi ve Karabinyeri kamu düzeni ve güvenliğini sağlayan iki temel kolluk birimidir. Bu iki kolluk kuvvetinin sorumluluk bölgeleri ayrımı belirgin değildir. Mali Polis ise mali suçlar ve kaçakçılıktan sorumlu askeri bir polis kuvvetidir.

Tarihsel ve kültürel çevrelerde işlenen suçlar ile eski eser kaçakçılığına ilişkin suçların işlenmesi durumunda suçun araştırılmasına yönelik polis, jandarma, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza birimleri Türkiye'de adli yönden işlem yapmaktadır. Ancak bu birimlerin tarihsel ve kültürel çevrenin korunması veya eski eser kaçakçılığına ilişkin özel birimlerinin bulunmadığı bilinmektedir.

Bununla birlikte Kültür ve Turizm Bakanlığı bünyesinde Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğüne bağlı operasyonel yetkisi bulunmayan Kaçakçılıkla Mücadele Dairesi Başkanlığı bulunmaktadır. Türkiye'de bulunan taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının tahribini ve kaçırılmasını önleyici tedbirleri almakla görevli Kaçakçılıkla Mücadele Dairesi Başkanlığı yurtdışına kaçırılan eserler ile ilgili yabancı ülkeler ile yapılan anlaşmalar çerçevesinde uluslararası platformlarda eserlerin iadesi için çalışmalar yapmaktadır. Kaçakçılıkla Mücadele Dairesi Başkanlığı; Polis, Jandarma, Sahil Güvenlik, Gümrük Muhafaza birimleri ile ilgili Bakanlıklar ile işbirliği içerisinde çalışmaktadır.

İtalya'da herhangi bir kolluk biriminin yetkilisi, savcı tarafından adli soruşturmada görevlendirilebilmektedir. İtalyan Anayasasının 109. maddesi çerçevesinde adli polis adli makamların emrinde görev yapmaktadır. Anayasanın 112. maddesine göre İtalya'da savcılık makamı ceza davası açmakla görevlendirilmiştir.

Türkiye’de kamu düzeni ve güvenliğini sağlamakla görevli polis ve jandarma kendi mevzuatları gereğince sorumluluk bölgelerinde bulunan tarihsel ve kültürel çevrelerin genel olarak güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olarak suç öncesi idari görevleri ve bu çevrelerde bir suç meydana gelmesi halinde de suç sonrası adli görevleri bulunmaktadır. Bununla birlikte Kültür ve Turizm Bakanlığı ve Vakıflar Genel Müdürlüğü vb. tarihsel ve kültürel değerlere sahip olan diğer kurumlar bu çevrelerde bulunan yapılar ile bu yapılarda bulunan eserlerin fiziksel güvenliğini sağlamak üzere kadrolu veya dışarıdan hizmet alımı yöntemiyle özel güvenlik görevlileri görevlendirmektedir.

İtalya’da tarihsel ve kültürel çevrelerin suç öncesi korunması genel olarak kamu güvenliğini sağlayan Devlet Polisi ve Karabinyeri tarafından sağlanmaktadır. Bu çevrelerin (müzeler de dâhil) fiziki korunması özel güvenlik görevlileri tarafından sağlanmaktadır. Ancak tarihsel ve kültürel çevreye karşı işlenen suçlara ilişkin araştırma ve soruşturmalar daha önce de görevleri belirtilen Kültürel Mirası Koruma Komutanlığı tarafından yapılmaktadır. Operasyonel durumlarda ise mali polis ve devlet polisi Kültürel Mirası Koruma Komutanlığı’na destek vermektedir.

10.2. Mevzuat Açısından

Tarihsel ve kültürel çevrenin korunmasına ilişkin Türkiye’de cumhuriyetin kurulmasından sonra birçok yasal düzenleme yapılmıştır. 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 63.maddesi ile tarihsel ve kültürel çevrelerin içinde bulunan kültür ve tabiat varlıklarının devlet tarafından korunması gerektiğini teminat altına alınmıştır.

İtalyan Anayasasının 9. maddesi ile doğal, tarihi ve sanat eserlerinin devlet tarafından koruma altına alındığı görülmektedir. Anayasanın 118. maddesi ile devlet, mevzuatı çerçevesinde kültürel mirasın korunması alanında anlaşmaları ve diğer işlemleri koordine etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

İtalyan Anayasasının 117. maddesinin ilgili hükümleri ile devletin; çevre, ekosistem ve kültürel mirasın korunması, tanıtım ve kültürel

faaliyetlerin organizasyonu dâhil olmak üzere kültürel ve çevresel özelliklerin geliştirilmesi konusunda sorumlulukları bulunmaktadır.

Ceza davası açma yetkisinin Türkiye'de Cumhuriyet Savcısında olduğu ve kolluk savcı ilişkilerine ait hükümlerin kanunda bulunmasına rağmen, İtalya'da dava açma yetkisinin savcılarda olması ve adli polis-savcı ilişkisinin Anayasa'ya konulmuş olması dikkat çekicidir.

Türkiye'de 2683 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68. maddesi çerçevesinde yasal olmayan yollardan kültür ve tabiat varlıklarını yurt dışına çıkaran kişi, 5-12 yıl arasında hapis ve 5000 güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılacağını hükme bağlanmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesine göre adli para cezası tutarı bir gün için 20 TL-100 TL arasında değişmektedir.

İtalya Resmi Gazetesinde yayınlanan 29 Ekim 1999 tarih ve 490 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 123. maddesi gereği Madde 3 1 d, e ve f de sayılan sanatsal, tarihi, arkeolojik, antropolojik, bibliyografik, belgesel, arşivsel nesneleri serbest dolaşım ve ihracat lisansı olmadan yabancı ülkelere transfer eden kimseler 1 ile 4 yıl arası hapis cezası ya da 258,23-5.164,57 euro arası para cezası ile cezalandırılmaktadır.

Sonuç

Tarihsel ve kültürel çevrelerin korunmasında Türkiye son dönemde gerek yasal düzenlemeler olsun gerekse teoriden pratiğe dönük yaptığı uygulamalar ile olumlu gelişmeler göstermiştir/göstermektedir. Kolluk kuvvetleri bakımından Türkiye'nin İtalya'ya benzer bir yapısı bulunmaktadır. Ancak, İtalya'nın tarihsel ve kültürel çevrenin korunması konusunda Kültürel Mirası Koruma Komutanlığı adında özel bir birimi bulunmaktadır.

Kültürel Mirası Koruma Komutanlığı birimini 1969 yılında kuran İtalya'nın tarihsel ve kültürel çevrelerin korunmasına özel bir ilgi gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu birimin İtalya çapında kurduğu ofisler ile kültürel mirasa yönelik hırsızlık, çalıntı malın ele geçirilmesi, yetkisiz arkeolojik araştırma, sahtecilik vb. suçların faillerine yönelik özel soruşturmalar yapılabilmektedir.

Komutanlığın; uçak, atlı polis, devriye botları ve dalgıç birimleri ile kara ve denizde arkeolojik alanların, araştırmaya değer bölgelerin ve UNESCO'nun 'Dünya Mirasları' kapsamındaki yerlerin takibi, kültürel varlıkların alınıp satıldığı ticari faaliyetler ve fuar/pazar gibi yerlerin kontrol edilmesi, müze, kütüphane ve arşivlerin güvenlik tedbirlerinin onaylanması, açık arttırma ve e-ticaret sitelerinin kataloglarının kontrol edilmesi gibi görevleri bulunmaktadır.

Kanun dışı imha edilen kültürel varlıkların veri tabanı yönetimi, Kültürel Miras ve Turizm Bakanlığının merkez ve bölge ofislerine uzman tavsiyesi sunulması, doğal afetlerden etkilenen bölgelerdeki sanatsal eserlerin ve kültürel varlıkların emniyeti ve kurtarılması kapsamında ulusal ve bağımsız kriz ve koordinasyon birimlerine katılım sağlanması görevlerini de Komutanlığın yerine getirmesi aslında Türkiye'de birçok kurumun ayrı ayrı yaptığı işlemlerin tek bir çatı altında toplanmasını ortaya çıkarmaktadır. Bu açıdan bakıldığında Türkiye'de kurumlar arası eşgüdümün daha hızlı hareket etmesi bakımından İtalya'daki bu birim iyi bir örnek teşkil etmektedir.

Tarihsel ve kültürel çevrelere karşı işlenen suçlara ilişkin Türkiye ve İtalya'da yasalarda öngörülen cezalar arasında farklılıklar görülmektedir. Türkiye'deki ceza yaptırımlarının daha ağır olduğu görülmektedir. Ancak cezaların tekrar aynı suçu işlemeyi önleyici bir kalkan vazifesini de görmesi gerekmektedir.

Yasal anlamda Türkiye ve İtalya tarihsel ve kültürel çevrelerin korunmasında ulusal ve uluslararası hukuki metinleri kabul edip yürürlüğe koymuş olabilir. Önemli olan uygulanabilirliği ve sürdürülebilirliği ile zamanın şartlarına göre kendini yenileyebilmesidir. Diğer önemli bir husus da; toplumun ve kanun uygulayıcılarının tarihsel ve kültürel çevrenin korunmasını ne kadar içselleştirdiği, doğal ve kültürel çevreyi uygulamaları ile baskı altına alan/zarar veren 'İnsan Merkezli' anlayıştan uzaklaşarak 'Çevre Merkezli' anlayışa doğru hangi düzeyde evrildiğidir. Tarihsel ve kültürel çevrelerin bireylerin kendisi ve gelecek için ne anlam ifade ettiğinin bilinmesi algısının geliştirilmesi gerekir. Mevzuatın kanun uygulayıcıları tarafından uygulanması, denetiminin yapılması ve sürdürülebilirliğinin sağlanması bu konuya verdiği önemin yansımaları gösterdiği/göstereceği gibi ve vatandaşın kültürel mirasın korunmasındaki farkındalığına da katkı sağlayacağı kuşkusuzdur.

KAYNAKÇA

- Çevik, H. H., Taşçı, A., Aydın, Y., :** “İtalyan Kolluk Yönetimi”, Polis Bilimleri Dergisi Cilt:7 (4), 2005, s:115-143
- Des Jardins, J. R., :** Çevre Etiği, Ankara, 2006.
- Economist,:** “Contra An Embarrassment of Riches”, Dec. 24, 1994-Jan. 6, 1995, p.53.
- Efe, T., :** “Türkiye’de Eski Eser Kaçakçılığının Önlenmesinde Çevre Politikalarının İrdelenmesi”(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004.
- Eke, F., Özcan, Ü., :** “Tarihi Dokunun Korunması ve Uluslararası Deneyimler”, Mimarlık Dergisi, Sayı:2, 1988, s. 34-35.
- Ekinci, O., :** “Kültürel Miras, İmar ve Belediyelerimiz”, Kent ve Planlama Geçmişi Korumak ve Geleceği Tasarlamak, Ankara, 2007, s:31-38.
- Gimbrre, S., :** Illicit Traffic in Cultural Property and National and International Law, Museums Against Pillage, 1995, p.53, 56.
- Görgülü, Z., :** “Kültürel Mirasımızın Korunması Üzerine Bir Kez Daha Düşünürken”, Kent ve Planlama Geçmişi Korumak 2007, s.39-45.
- Kamacı, E.,:** “2863 Sayılı KTVKK’nin Uluslararası Yasal Düzenlemeler Bağlamında Değerlendirilmesi”, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Mimarlık Fakültesi Dergisi, Cilt: 31 (2), 2014, s.1-23.
- Kaye, L. M., Art Wars:** The Repatriation Battle, 1998, p.79, 92.

- Keleş, R., Hamamcı, C., :** Çevre Politikası, Ankara, 2005.
- Madran, E., Özgönül, N., :** Son Yasal Düzenlemelerde Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması ve Yerel Yönetimler El Kitabı, Ankara, 2005.
- Madran, E., Özgönül, N.,:** Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, Ankara, 2011.
- Mazı, F.,:** “Tarihi Çevrenin Korunmasında Sosyo-Ekonomik Faktörlerin Etkisi”, Mevzuat Dergisi, Yıl:12, Haziran, 2009, Sayı:138.
- Merryman, J. H.,:** The Retention of Cultural Property in Thinking About The Elgin Marbles :Critical Essays On Cultural Property, Art and Law, 2000, p.122,123.
- Merryman, J. H.,:** Two Ways of Thinking About Cultural Property, in Thinking About The Elgin Marbles: Critical Essays On Cultural Property, Art and Law, 2000, p.66.
- Merryman, J. H., :** The Nation and the Object in Thinking About The Elgin Marbles: Critical Essays On Cultural Property, Art and Law, 2000, p.158,159.
- Meyzonnier, P.,:** Les Forces De Police Dans L’union Européenne, *Editions L’Harmattan* (Avrupa Birliğinde Polis Güçleri), Çev. Dr. İsmail Metin, 2006.
- Mitzman, D., :** “It’s 200 years old, but what is Italy’s carabinieri?” 12 July 2014, <http://www.bbc.com/news/magazine-28254297> Erişim T.: 12.11.2014.

- Nanni, G. L., :** “Departement of Carabinieri for the protection of cultural heritage”, Commander of “Counterfeiting and Contemporary Art” Unit Carabinieri for the Protection of Cultural Heritage, 2014, P:638-640.
- Özel, S., :** Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul, 1998.
- Özgünel, C.,:** “Kültürel Mirasımızın Korunması Üzerine Düşünceler”, Kent ve Planlama Geçmiş Korumak Geleceği Tasarlamak, Ankara, 2007, s.47-52.
- Park, S. J.,:** “The Cultural Property Regime in Italy: An Industrialized Source Nation’s Difficulties in Retaining and Recovering its Antiquities” 2002, p.931-954.
- Patty, G.,:** “The Public Interest in the Restitution of Cultural Objects”,2001,p.197,206.
- Sayan, Y.,:** “Türk Kültür Mirasının Korunması ve Tarihi Çevre Bilinci Üzerine, Türk Dünyası İncelemeleri Dergisi, İzmir, 2009, Cilt IX, Sayı 1, s.153-156,
- Slayman, A., L.,:** Italy Fights Back, Archaeology, May-June,1998, p.43.
- Tekeli, İ.,:** Kültür Politikaları ve İnsan Hakları Bağlamında Doğal ve Tarihi Çevreyi Korumak, İstanbul, 2009.
- The Carabinieri Cultural Heritage Protection Service :**Anno Della Cultura Italiana Year of Italian Culture, Ministero Degli Affari Esteri, 2013.
- The Criminal Justice System in Italy,:**http://www.isit-paris.fr/documents/ImPLI/ImPLI_FactSheetItaly_EN.pdf. Erişim Tarihi: 06.11.2014
- Tulay, A. S., :** Eski Eser Yağması, İstanbul, 2007.

- Tunçer, M., :** Avrupa'da Tarihsel ve Kültürel Çevre Korunması, <http://mehmet-urbanplanning.blogspot.com.tr/2012/02/avrupada-tarihsel-ve-kulturel-cevre.html>. Erişim Tarihi: 19.11.2014.
- Türker, M., :** "İt'alya Yönetim Sistemi", K. Nitas (Ed) Yirmi Birinci Yüzyılda Yönetim, Ankara, 2002, s.484-515.
- Yılmaz, S., :** "Türkiye'nin İç Güvenlik Yapısında Değişim İhtiyacı", Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012, Cilt 21, Sayı:3, s.17-40.

İNTERNET VERİLERİ

- http://www.carabinieri.it/Internet/Multilingua/EN/InstitutionalDuties/07_EN.htm Erişim Tarihi: 20.10.2014.
- <https://www.europol.europa.eu/content/memberpage/italy-183> Erişim Tarihi: 07.11.2014.
- http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/cgoods_it_en.pdf Erişim Tarihi: 10.11.2014.
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011eylulanayasalarulkeanapdf10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf> Erişim tarihi: 21.11.2014.

AIHM İÇTİHATLARI BAĞLAMINDA ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Arş. Gör. Burak BİLGE*

ÖZET

Çalışmamızın konusu "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü" dür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin¹ en temel hükümlerinden biri olan yaşam hakkının ve demokratik bir toplumun vazgeçilmesi olan işkence yasağının ihlali halinde taraf devletlerin, söz konusu ihlalleri etkin şekilde soruşturma yükümlülükleri doğar. Etkin soruşturma yükümlülüğü daha çok Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinde düzenlenen yaşam hakkı ve işkence yasağı ile ilgili olsa da; Sözleşme'nin diğer bazı maddelerinin ihlali de söz konusu olabilir. Ancak bunlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi² kararlarında belirli bir yoğunluğa ulaşmadığından çalışmamızda inceleme konusu yapılmamıştır. Çalışmamızda ilk olarak AIHS ve soruşturma yükümlülüğüne ilişkin genel açıklamalar yapılmıştır. Ardından Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinde yer alan yaşam hakkı ve işkence yasağı hakkında bilgiler verildikten sonra nihayet taraf devletlerin ihlal edilen bu haklara yönelik nasıl etkin soruşturma yürütmeleri gerektiği AIHM içtihatları bağlamından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Etkin Soruşturma, AIHM, AIHS, Yaşam Hakkı, İşkence Yasağı

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında "AIHS" veya "Sözleşme" olarak geçecektir.

² Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında "AIHM" veya "Mahkeme" olarak geçecektir.

Effektive Untersuchungs Haftung im Rahmen der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)

ZUSAMMENFASSUNG

Das Thema der Studie ist "Effektive Untersuchungs Haftung im Rahmen der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)". In der Verletzung des Rechts auf Leben und das Verbot der Folter, sind die Vertragsstaaten verpflichtet, eine effektive Untersuchung zu durchführen. Grundsätzlich, wurde eine effektive Untersuchungsverpflichtung für beider Rechtsfaelle akzeptiert. Auch für andere Faelle der Verletzung europaeischer Menschenrechtskonvention, wurde diese Vepflichtung übernommen, doch die Anzahl der Faelle, die zur Untersuchung führt war nicht ausreichend. In diesem Zusammenhang wurde allgemeine Erklärungen zur europäischen Menschenrechtskonvention und effektive Untersuchungs Haftung geleistet. Ausserdem hat man uns agesichts der Überarbeitung, der Paragraphen zwei (Recht auf Leben) und drei (Verbot der Folter) der Konvention in Kenntniss gesetzt . Schliesslich wurde die Frage "Wie wird die entsprechende (Paragraph zwei und drei der Konvention) Untersuchung durchgeführt" in der europaeischen Kommission und den Vertragssaaten analysirt. Hier, wird der europaeische Gerichtshof für Menschenrechte die Rechtsprechung berücksichtigen.

Die Schlüsselwörter: Effektive Untersuchung, Europäischer Gerichtshofs für Menschenrechte, Europaeische Menschenrechtskonvention, Rechts auf Leben, Verbot der Folter

I. GENEL OLARAK

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen somut olaylar neticesinde geliştirdiği içtihatlar ile taraf devletlere bazı yükümlülükler yüklemektedir. Etkin soruşturma yükümlülüğü bu kapsamda Mahkeme'nin içtihatları ile belirlenmiş olan pozitif bir yükümlülük olarak karşımıza çıkar. Etkin soruşturma yükümlülüğünden maksat, AİHS'e dâhil

olan haklardan birinin ihlali halinde, iç hukuk kapsamında devletin yetkili makamlar tarafından gerekli incelemelerin ve araştırmaların yapılarak sorumluların tespit edilmesi, cezalandırılabilmesi için adli makamlar önüne çıkartılmaları, yani etkin bir ceza soruşturmasının yapılmasıdır. Etkin soruşturma yükümlülüğü ile taraf devletlere ihlal edilen hakka ilişkin soruşturmanın nasıl, hangi şartlarda ve kimler tarafından yapılacağı gibi konularda yükümlülükler yüklenmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özellikle Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ve 3. maddede yer alan işkence yasağına yönelik ihlal halinde etkin soruşturmadan bahsetmiştir. Gerçekten de Mahkeme'nin bu konuda vermiş olduğu birçok karar bulunmaktadır. Çalışmamız içerisinde bu kararlara değinilmiştir. Bununla birlikte hemen belirtelim ki etkin soruşturma yükümlülüğü Mahkemenin bazı kararlarında 13. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak bazı kararlarda da Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinden kaynaklanan pozitif bir yükümlülük olarak izah edilmiştir³.

Yaşam hakkı ve işkence yasağı ulusal ve uluslararası birçok kanun ve sözleşme kapsamında düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Yaşam hakkının insanın sahip olduğu vazgeçilmez, devredilmez mutlak bir hak olması ve diğer hakların adeta temelini oluşturması, bununla bağlantılı olarak kişinin vücut tamlığıyla birlikte insanın onurunu koruyan işkence yasağında etkin soruşturmanın yapılması zorunluluğu devletin ihmal etmemesi ve özenle yürütmesi gereken sorumluluklardan biridir. İşte etkin soruşturma yükümlülüğünün önemi bizatihi bu hakların taşıdığı önemden kaynaklanmaktadır⁴.

II. KONUYA İLİŞKİN KAVRAMLARIN AÇIKLAMASI

Etkin soruşturma yükümlülüğünün kapsamını Sözleşme'de düzenlenmiş olan haklar oluşturmaktadır. Soruşturmanın usulü ise

³ ŞENOL, Cem; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, İstanbul 2013, s. 2-3.

⁴ AİHM, Akkoç/Türkiye Kararı, 10/10/2000 tarih, Başvuru No: 22947/93

Mahkeme'nin geliştirdiği içtihatlar ile belirlenmiştir. Sözleşme düzenlediği haklar bakımından âdete bir güvence teşkil etmektedir. Taraf devletler kendi iç hukuklarında benzer hakları düzenlerken Sözleşmeye aykırı düzenleme yapamazlar. Bu kapsamda Sözleşme bireylerin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından garanti fonksiyonuna sahiptir. Nihayet Sözleşme diğer birçok uluslararası sözleşmeden farklı olarak hakların ihlali halinde bir denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurma imkânı sağlar.

Etkin soruşturma yükümlülüğünde soruşturmayı yürütecek olan makamlardan neyin anlaşılması gerektiği önemlidir. Esasen makamların neler olduğundan ziyade, etkili bir soruşturmanın yürütülmesi önceliklidir. Mahkeme içtihatları ve birtakım uluslararası prensipler ile etkili soruşturmayı yürütecek makamlardan bahsedilmiştir.

Daha öncede değindiğimiz gibi yaşam hakkı ve işkence yasağının ihlali etkili soruşturmanın temel dayanağını oluşturur. Bu kapsamda yaşam hakkı ve işkence yasağının izahatının yapılması gereklidir.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Esas itibarıyla bölgesel nitelikte olan Sözleşme, 4 Kasım 1950'de imzalanarak, 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşme yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, uluslararası yargı organları tarafından ve üye devletlerin ulusal mahkemeleri tarafından temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak uygulanmıştır⁵. Bununla birlikte AİHS, kişilere doğrudan haklar tanıyan bir nitelik arz ederek, hak ve özgürlüklerin asgari standardını oluşturmuştur⁶.

AİHS hukuk tekniği açısından klasik anlamda bir uluslararası antlaşma niteliği taşır. Ancak, Avrupa genelinde hukuki bakımdan müşterek bir kamu düzeni oluşturmayı amaçlaması ve bu amaç için

⁵ ÜNAL, Şeref; Uluslararası Hukuk, Ankara 2005, s. 271.

⁶ Bkz. AİHS m. 1; ŞAHBAZ, İbrahim; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargı Sistemindeki Yeri, TBB Dergisi, Sayı 54, Yıl 2004, s. 178; ERDEM, Ruhan Mustafa/KORKMAZ, Ömer; Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali, DEÜSBED, Cilt 5, Sayı 2, Yıl 2003, s. 182.

devletlere birtakım yükümlülükler yükleyerek bu yükümlülüklerle uyulmasını denetleyecek bir mekanizma oluşturması AİHS'i diğer uluslararası sözleşmelerden ayırmaktadır⁷. Sözleşme, yine farklı olarak bireylere, haklarını ihlal eden devletlere karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilme hakkı tanımaktadır⁸. Uluslararası sözleşmelerin uygulanmasında taraflar bazı şartlar/karşılıklılık (reciprocite) koyabilirler. AİHS bakımından ise bu mümkün değildir. Yani AİHS' nin uygulanmasında tarafların karşılıklılık aramamaları Sözleşmeyi diğer uluslararası antlaşmalardan ayıran bir özelliktir⁹. Bu anlamda sözleşme, nev'i şahsına münhasır bir metin olma özelliği taşır¹⁰.

AİHS'i onaylayan devletlerde Sözleşme, bir yandan uluslararası hukuk bakımından bir takım yasal yükümlülükler doğururken, bir yandan da iç hukukun ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir¹¹. İç hukuka göre yürütülen davalarda bireyler, AİHS metnini ve içtihadını ileri sürerek, Sözleşme' de tanınmış olan hak ve yetkileri kendi yargı makamları önünde koruyabilirler¹². AİHS 1. maddeye göre; AİHS'e taraf olan her devlet kendi yetki alanı içinde bulunan herkese AİHS'de tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla Sözleşmeyi onaylayan devletler, iç hukuk normlarını AİHS'e uyumlu hale getirmekle yükümlüdürler. İç hukuk normlarının Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesiyle, AİHS'de tanınmış olan hak ve yetkilerin korunması da sağlanmış olacaktır. Nihayet taraf devletlerin her halde Sözleşme'ye uygun davranmak ödevi altında olduklarını söylemeliyiz.

⁷ ŞENOL, s. 23.

⁸ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref /GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2009, s. 14.

⁹ AKILLIOĞLU, Tekin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz, AİHS ve İç Hukuktaki Değeri Paneli Metni, AÜSBF İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1989 Ankara, s. 158.

¹⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 22.

¹¹ REIDY, Aisling; İşkencenin Yasaklanması, AİHS'in 3. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.6, TBB Yayınları: 92, s. 5.

¹² KOCABAŞ, Sadık; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, SDÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ABD Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2009, s. 7; REIDY s. 5.

B. SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Soruşturma yükümlülüğü AİHS'in koruma alanına bir yükümlülük olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile dâhil edilmiştir. Mahkeme birçok kararında devletlerin etkin soruşturma yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır. İlk olarak Mc Cann/Birleşik Krallık kararında¹³ Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin etkili soruşturma yükümlülüğü altında olduklarını ifade etmiştir¹⁴. Etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlal edilmesinden dolayı Devletlere mahkûmiyet kararı da vermiştir. Mahkemenin mahkûmiyet kararı verdiği ilk dava ise Aksoy/Türkiye davasıdır¹⁵.

Soruşturma yükümlülüğü esas olarak Mahkeme'nin içtihatları ile belirlenmiş olsa da diğer bazı uluslararası sözleşme ve protokollerde de soruşturma yükümlülüğünden bahsedilmiştir. "*İstanbul Protokolü*"¹⁶nde de işkenceye yönelik olaylarda soruşturma yükümlülüğüne dair hükümler düzenlenmiştir¹⁷. Benzeri yükümlülükler normatif olarak yer veren "İşkence ve Diğer Zalimane Gayrı İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nin 12. Maddesinde de işkenceye ihlaline yönelik etkin soruşturma yükümlülüğü kabul edilmiştir. Bunun dışında "*Minnesota Protokolü*"¹⁸nde yaşama hakkına yönelik vuku bulan olayların etkin soruşturulmasına yönelik hükümlere yer verilmiştir.

¹³ AİHM, 27/09/1995 tarih, 18984/91 s. Karar için bkz. **DOĞRU**, Osman/**NALBANT** Atilla; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, s. 101-114.

¹⁴ **ŞENOL**, s. 62.

¹⁵ AİHM, 18/12/1996 tarih, 21987/93 s. Karar için bkz. **DOĞRU**/**NALBANT**, s. 198-208.

¹⁶ İstanbul Protokolü, işkence ve kötü muamelenin soruşturması ve dokümantasyonu amacıyla oluşturulmuş ilk uluslararası tüzük veya kılavuzdur (İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu, www.tbb.org.tr, Erişim Tarihi: 15.04.2014).

¹⁷ **DOĞRU**/**NALBANT**, s. 173; **ŞENOL**, s. 61-62.

¹⁸ Minnesota Protokolü'nün "*Hukuk Dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Hukuki Açıdan Soruşturulmasına İlişkin Model Protokol*" başlıklı III. Bölümünde yaşama hakkının soruşturulmasına yönelik bazı ilkelerden bahsedilmiştir (Minnesota Protokolü tam metni için bkz. www.atud.org.tr >kutuphane/minnesota.pdf, Erişim Tarihi: 15.04.2014).

Soruşturmanın yapılmasının temel amacı bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruyan kanunların ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesidir. Soruşturmanın niteliği olaylara göre değişebilir ancak devletin görevlendirdiği yetkili kişi ve makamlar vuku bulan bir olayda derhal harekete geçmek zorundadırlar¹⁹. Soruşturmanın etkin olabilmesi için fiilin aydınlatılmasına yönelik hukuki açıdan gerekli olan tedbirlerin hepsi alınmalıdır.

Etkin bir soruşturmanın yapılabilmesi için, AİHM kararlarında birtakım kriterler belirtilmiştir. Bu kapsamda etkin bir soruşturmada söz edilebilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir²⁰:

- Resmi bir soruşturmanın yapılması,
- Soruşturmanın suça karışanlardan bağımsız bir organ tarafından yürütülmesi,
- Soruşturmanın kamuoyunun izlemesine yeterli derecede imkân sağlanması,
- Soruşturmanın ihlali gerçekleştirenleri belirleyebilecek nitelikte olması, yani maddi deliller ve sorumluluğu tespit edebilecek nitelikte olması,
- Soruşmanın ivedilikle ve özenle gerçekleştirilmesi gerekir.

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde etkin soruşturmaya yönelik ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır. Ancak burada etkin soruşturma yükümlülüğünün koşullarından bahsetmekte fayda görülmektedir. Bu kapsamda etkin bir soruşturma için, soruşturmanın suça karışmış olma ihtimali olan kişilerden bağımsız olarak yürütülmesi, resmi bir soruşturmanın yapılması, soruşturmanın ivedilikle ve makul sürede yapılması ve soruşturmanın kamunun denetimine açık olması

¹⁹ **TANRIKULU**, Sezgin; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Ankara 2012, s. 177.

²⁰ **GARLICKİ**, Lech; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı, Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, İHUM, Ankara 2003, s. 85; **CENGİZ**, Serkan/**DEMİRAĞ**, Fahrettin/**ERGÜL**, Teoman/**McBRIDE**, Jeremy/**TEZCAN**, Durmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, s. 10.

gerekmektedir²¹. Ayrıca AIHS'in 13. maddesinde²² düzenlenmiş olan etkili başvuru hakkının gereklerine uygun bir soruşturma yapılmış olmalıdır²³.

AIHM, Sözleşme'ye ilişkin çoğu yorumunda Sözleşme'nin amacının devletin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumak olduğunu ve hakların negatif statü hakları olduğunu ifade etmektedir. Ancak AIHM, özellikle Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlali halinde kurumların etkin soruşturma (pozitif yükümlülük) yükümlülüğü altında olduklarını belirtmektedir²⁴. Etkin soruşturma yükümlülüğü özellikle Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlali söz konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle Mahkeme, etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğini, genellikle 2. ve 3. maddelerde düzenlenen yaşama hakkı ve işkence yasağına yönelik ihlallerde incelemektedir²⁵.

C. ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜSÜ OLARAK ULUSAL MAKAMLAR

Ulusal makamlardan anlaşılması gereken Sözleşme'de yer alan hakların ihlal edilmesi halinde etkin soruşturmayı yürütmekle görevli olan devletin görevlendirdiği makamlardır. Diğer bir söylemle maddi gerçeği ortaya çıkarmak ve ihlali gerçekleştirenlerin bulunmasını ve cezalandırılmasını sağlamakla yükümlü olan makamlardır. Soruşturma sürecinde görev alacak makamların neler olduğu doğrudan Mahkeme

²¹ Opuz/Türkiye kararı, 09/06/2009 tarih, 33501/02 s. Karar, (**DOĞRU/NALBANT**, s. 70-86); Güleç/Türkiye kararı, 27/07/1998 tarih, 21593/93 s. Karar.

²² AIHS m. 13 Etkili başvuru hakkı: *"Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir"*.

²³ Mahkeme Aksoy/Türkiye davasında soruşturma yükümlülüğünü 13. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkına dayandırmıştır. Aynı şekilde, Salman/Türkiye davasında Sözleşmenin 13. maddesinin tam ve etkili bir soruşturma yapılabilmesini gerektirdiğini vurgulamıştır (Salman/Türkiye 27.06.2000 tarih, 21986/93 s. Karar).

²⁴ **METİN**, Yüksel; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt:7, Sayı: 27, Yıl: Güz 2010, s. 120.

²⁵ **ŞENOL**, s. 64.

kararlarında belirtilmiş değildir. Gerçekten de Mahkeme taraf devletlere bu noktada bir takdir yetkisi tanımaktadır.

Diğer yandan insan haklarına yönelik ihlalleri araştıran makamların yargısal nitelikte olmaları da zorunlu değildir. Yani etkin soruşturma yükümlüsü makamlar yalnızca ceza muhakemesi sürecinde yer alan makamlar olarak kabul edilmemelidir. Yargılama makamı niteliği taşımayan ancak yargılama sürecine etki edecek olan çoğu idari organ da etkin soruşturma yükümlüsü makamlar arasındadır. Nitekim AİHM 13. maddenin gerektirdiği iç hukuk yolunun yargısal bir yol olması gerekeceğine yönelik kararlar vermektedir²⁶. Zira önemli olan etkili bir şekilde soruşturmanın yürütülmesidir. Diğer bir deyişle etkili olması kaydıyla, iç hukukun mutlaka mahkeme olması gerekmiyip, idari bir süreç de yeterli olabilir²⁷. Sözleşme'nin 13. maddesi esasen Sözleşmeci Devletlere bu maddeye göre üstlendikleri yükümlülüklerini yerine getirme tarzı bakımından belirli bir takdir alanı tanımış olmasına rağmen, "yetkili ulusal makam"ın hem Sözleşme'deki haklara dair şikâyetlerin esasını ele alabilmesine ve hem de uygun bir çözüm getirmesine imkân veren bir iç hukuk yolunu düzenlemesini gerektirir. Bu hukuk yolu, yasada olduğu kadar uygulamada da etkili olmalıdır; bu etkililik, bu yolun kullanılmasının özellikle davalı devlet makamlarının eylem ve ihmalleriyle haksız yere engellenmemesi anlamına gelir²⁸

Bununla birlikte Paris Prensipleri'ne²⁹ göre de, yargı gücü olsun-olmasın insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasıyla yükümlü diğer organlarla (özellikle de ombudsman, arabulucu ve buna benzer organlarla) karşılıklı olarak danışma ilişkileri sürdürülmelidir.

Ulusal makamların insan haklarına yönelik ihlale sebep olan vakaları inceleme ve soruşturma yetkisini haiz olmaları gereklidir. Zira

²⁶ TANRIKULU, s. 140.

²⁷ TANRIKULU, s. 140.

²⁸ AİHM, Mentesh ve Diğerleri/Türkiye Kararı, 28/11/1997 tarih, Başvuru No: 23186/94 (Karar için bkz. <http://aihmanadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 20/07/2014).

²⁹ B.M. İnsan Hakları Komisyonu'nun 3 Mart 1992 tarihli 1992/54 sayılı ve B.M. Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihli 48/134 sayılı kararlarıyla kabul edilmiştir.

Paris Prensipleri ile ulusal makamlara söz konusu olaylara yönelik inceleme ve soruşturma yetkisi verilmiştir³⁰. Ancak Prensiplerde soruşturmanın kapsamı ile ilgili olarak sınırlı açıklamalara yer verilmiştir. Örneğin soruşturma ile ilgili olarak kişilerin dinlenilmesine ve bilgi-belge toplanmasına, şikâyetlerin dinlenmesine yönelik ifadelere yer verilmiştir. Kanaatimizce kısa açıklamalara yer verilmesinin sebebi, soruşturmanın kapsam ve sınırlarının belirlenmesinin devletlerin takdirine bırakılmasıdır³¹.

D. YAŞAM HAKKI ve İŞKENCE YASAĞI

Yaşam hakkı, ulusal ve uluslararası birçok belgede güvence altına alınan bir haktır. Yaşam hakkı kişinin hayat bütünlüğüne keyfi ya da hukuka aykırı bir şekilde müdahale edilemeyeceğini ifade eder³². Yaşam hakkı Sözleşme'nin en temel hükümlerinden biridir³³.

AIHS'in 2. maddesinde, bütün temel hak ve özgürlüklerin ön koşulu³⁴ olarak nitelendirilebilecek bir hak olan yaşam hakkı düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 2. maddesine göre yaşam hakkı; "(1) Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. (2) Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması" şeklinde düzenlenmiştir. İlgili maddede yaşam

³⁰ EREN, Abdurrahman; Ulusal İnsan Hakları Kurumları Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri, İstanbul 2012, s. 330.

³¹ Benzer düşünce için bkz. EREN, s. 330.

³² THOMPSON, Kate/GIFFARD, Camille; İnsan Hakları İhlali Olarak Öldürmenin Rapor Edilmesi (Çevirenler, Yahya BERMAN/Erdem AKTER), Diyarbakır 2006, s. 28.

³³ Bkz. Mc Cann ve diğerleri/Birleşik Krallık Kararı (Tarih: 27/09/1995, Karar Sayısı: 18984/91).

³⁴ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 155.

hakkı güvence altına alınmakla birlikte, öldürmenin meşru sayıldığı durumlar da gösterilmektedir. Hemen belirtelim ki Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokolün 1. maddesi ile ölüm cezası verilemeyeceği kabul edilmiştir. Buna göre ölüm cezası kaldırılmıştır ve hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez.

Yaşama hakkını güvence altına alan ve hangi durumlarda yaşamdan yoksun bırakmanın haklı kılınabileceğini gösteren Sözleşme'nin 2. maddesi, Sözleşme'nin en temel maddeleri arasında yer almakta olup, hiçbir şekilde askıya alınmasına izin verilmemektedir. Bu madde, Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini oluşturur³⁵. Demokratik bir toplumun temel unsurlarından biri olan yaşam hakkına yönelik ihlaller gerek soruşturmacı makamlar gerekse Mahkeme tarafından çok dikkatli bir şekilde incelemeye tabi tutulmalıdır.

AİHS'in 3. maddesinde işkence yasağı düzenlenmiştir. Buna göre; *"Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz"*. Sözleşme'nin 3. maddesinin amacı bireyin beden bütünlüğünü ve insanlık onurunu korumaktır³⁶. Gerçekten de işkence edilen kişi üzerinde çok ciddi ve zalimce eylemler neticesinde acılara neden olunmaktadır. Böylece insanlık dışı bir muameleye maruz kalan kişinin beden bütünlüğünde ve ruh âleminde ciddi zararlar meydana getirilmektedir. Özellikle insan haysiyetinin tecavüzlerden korunması için³⁷, ihlal edilen bu hak etkili bir şekilde soruşturulmalı ve işkence teşkil eden fiiller cezasız kalmamalıdır. Bu nedenle Sözleşme işkenceyi ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak terimlerle yasaklamaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesinde hiç bir istisna hükmü

³⁵ AİHM, Salman/Türkiye kararı, 27/06/2000 tarih, Başvuru No: 21986/93; Soering/Birleşik Krallık kararı, 07/07/1989 tarih, Başvuru No: 14038/88 (Kararlar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>) (Erişim Tarihi: 12/12/2014).

³⁶ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 198.

³⁷ ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet, İşkence Suçu, GÜHFD, Sayı: 1-2, Yıl: 2000, s. 185.

yoktur. Bir Devlet, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile, 3. maddeye ilişkin yükümlülüklerinde azaltma yapamaz³⁸.

İşkence veya insanlık dışı muamele ya da aşağılayıcı muamelenin yasaklanmasıdaki amaç aynı olmakla birlikte bunların farklı şeyler olduğu AİHM kararlarında ifade edilmektedir. (Bu konu üzerinde ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak durulmuştur). Sözleşme'nin 3. maddesindeki kavramların genişliği ve soyutluğu sebebiyle Sözleşme Mahkeme kararlarıyla somutlaştırılmıştır. Bu bağlamda özellikle insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kavramları Avrupa kamu düzeninde geçerli olan ortak standartlara göre yorumlanmalıdır³⁹. Ancak bu noktada şunu ifade edelim ki, işkence her halde insanlık dışı ve alçaltıcı bir muameledir. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Yunanistan aleyhine vermiş olduğu bir kararda bundan açıkça bahsetmiştir⁴⁰.

Hem yaşam hakkı hem de işkence yasağı bakımından, Sözleşme ile belirlenmiş olan yasaklar mutlak olarak uygulanmaktadır. Yani hiç bir şekilde bu haklara istisna getirilemez. Sözleşme'nin 15. maddesi⁴¹ aracılığıyla da istisna getirilemez ve askıya alınamaz.

III. YAŞAM HAKKI ve SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yaşam hakkının kapsamını, ilk olarak insanın fiziksel-biyolojik varlığını sürdürebilmek için sağlıklı ve bir bütünlük içinde doğmasıyla birlikte varlığını sosyal hayatta belirli standartlarda gelişim olanakları

³⁸ AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık kararı, 18/01/1978 tarih, Başvuru No: 5310/71 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 10/11/2014).

³⁹ ÖZTÜRK, Bahri; Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları), İKÜHFD, Yıl: 2003 Aralık, s. 41.

⁴⁰ ÖZTÜRK, s. 41.

⁴¹ AİHS m. 15: "1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. 2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda mey- dana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez. 3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir".

dâhilinde sürdürebilmesi ve nihayet doğal sınırlamalar hariç yok edilememesi oluşturur⁴². Yaşam hakkı esasen öldürülmeme hakkı olarak yorumlanabilir. Bu kapsamda temel bir hak olan yaşam hakkı mutlak olarak korunma altına alınmalıdır. Öldürülmeme hakkından hareketle kişi kendisine karşı bile korunmalıdır. Yaşam hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması ve hakkın kullanılması için herhangi bir onaya veya karara gerek olmamasından hareketle kişinin yaşama hakkı bakımından kendine karşı korunmasının kabul edilmemesi⁴³ şeklindeki görüşlere katılmamaktayız. Çünkü yaşam hakkı kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir değer değildir. Her ne kadar bu, kişinin hür iradesi olsa da yaşamı sonlandırma noktasında bir hakkı olduğu anlamına gelmez. Gerçekten de yaşam hakkına sahip olan kişi ölme hakkına sahip değildir. Nitekim bir hakkın pozitifinin olması her zaman o hakkın negatifinin olduğu anlamına gelmez. Bunun dışında bireyin sahip olduğu yaşam hakkı 3. kişilere karşı ve devletin müdahalelerine karşı da korunmalıdır.

Yaşam hakkının öneminden hareketle bu hakka yönelik gerçekleştirilen ihlallerin devletin yetkili makamları tarafından demokratik usullere uygun olarak etkili bir şekilde soruşturulması gerekir. Zira bir hukuk devletinde ve demokratik bir toplumda kişilerin yaşam haklarının korunduğundan emin olarak güven içinde yaşamaları önemlidir. Bu noktada yaşam hakkının korunması için etkili bir hukuk düzeni oluşturulmalı ve ihlale yönelik bir tehlike vuku bulduğunda gerekli tedbirler alınmalıdır. İhlal gerçekleştiğinde de sorumluların yakalanarak cezalandırılmalarına yönelik bir soruşturmanın yürütülmesi gereklidir.

A. YAŞAM HAKKININ KAPSAMI

AİHS' in 2. maddesinde yaşam hakkının düzenlenmiş olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Burada yaşam hakkının kapsamı ve yaşam hakkının ihlal edilmesi sonucunda devletin pozitif yükümlülüklerinden biri olan etkin soruşturma yükümlülüğü üzerinde durulacaktır.

⁴² ÖZTÜRK, s. 50.

⁴³ ÖZTÜRK, s. 51.

Yaşama hakkı AİHS' de düzenlenen ve güvence altına alınan ilk maddi haktır. Herkes yaşama hakkının korunmasını isteme hakkına sahiptir. Zira yaşama hakkı diğer bütün hakların var olmasının bir sebebidir. Yaşama hakkının hukukten güvence altına alınmadığı bir toplumun demokratik nitelik taşıdığından bahsedilemez. AİHM birçok kararında demokratik bir toplumun temeli olarak yaşam hakkını göstermektedir⁴⁴.

Sözleşme'nin 2. maddesindeki korumadan, Sözleşme'nin 1. maddesi⁴⁵ gereği devletin egemenliği altında bulunan herkes faydalanır⁴⁶. Tüm bireyler bu kapsamda olduğuna göre, devletin egemenliği altında bulunan yabancı bir birey de bu koruma kapsamındadır. Burada bahsedilmesi gereken mevzu ötenazinin yaşama hakkını ihlal edip etmeyeceğidir. Ötenazinin yaşam hakkı çerçevesinde nasıl değerlendirileceği meselesi tartışmalıdır. Kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarrufta bulunup bulunamayacağı, bu kapsamda yaşam hakkını sınırlayıp sınırlamayacağı tartışılmaktadır. Ötenazi Yunanca "eu" iyi, güzel, "thanatos" ölüm, kelimelerinin birleşmesiyle meydana gelir⁴⁷. Türkçe, iyi ölüm, güzel ölüm, ıstıraplı ölüm anlamlarına gelmektedir. Ötenazi, iyileşmez bir hastalığa yakalanmış kimsenin istemi üzerine, hekim tarafından kişinin hayatına son verilmesidir⁴⁸. Burada ötenaziye ilişkin ayrıntılı açıklamaya girilmeden, AİHM kararları bağlamında ötenazi incelenecektir.

⁴⁴ Bkz. Salman/Türkiye kararı, 27/06/2000 tarih, Başvuru No: 21986/93, Mc Cann ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı, 27/09/1995 tarih, Başvuru No: 18984/91 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>) , (Erişim Tarihi: 08/07/2014).

⁴⁵ AİHS m. 1: "*Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar*".

⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bu madde ile ilgili olarak önüne gelen bir kısım şikayette hayat deyiminin cenini de kapsayıp kapsamadığına dolaylı olarak değinmiştir. Ceninin "herkes" deyimini içine girip girmediğine yönelik tartışma için bkz. **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, s. 155-156.

⁴⁷ www.wikipedia.org (Erişim Tarihi: 18.04.2014).

⁴⁸ **ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM** Ruhan Mustafa; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 161.

AİHM verdiği kararlarda devletin görevinin yaşamı korumak olduğunu, bu bakımdan Sözleşme'nin 2. maddesi ile güvence altına alınan bu hakkın tersi yönünde yorumlanamayacağı üzerinde durmaktadır⁴⁹. Diğer bir deyişle, Sözleşme'nin 2. maddesi herkese ölümü seçmek gibi yaşamını belirleme hakkı verileceği şeklinde yorumlanamaz⁵⁰. Bu bakımdan, Mahkeme, yaşama hakkının mutlak bir hak olduğunu ve kişinin bir başkasının vasıtasıyla ölme hakkına sahip olmadığını ifade etmektedir⁵¹.

Yaşam hakkının Sözleşme ile koruma altına alınmasından çıkarılacak diğer bir sonuç ise, ölüm yasağıdır⁵². Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilememesi şeklinde hükmü Sözleşme'nin ek 6 No'lu protokolünün 1. maddesi ile kaldırılmıştır. Buna göre, "Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse ölüm cezasına mahkûm edilemez ve verilen ölüm cezası infaz edilemez". 6 No'lu Protokol'ün 2. maddesi ise şu şekildedir: "Bir Devlet, savaş zamanında ve çok yakın bir savaş tehlikesi olduğu zamanlarda işlenen fiillerle ilgili olarak, ceza yasasına ölüm cezası öngören hükümler koyabilir. Ölüm cezası, sadece yasada belirtilen durumlarda ve bu yasa hükümlerine uygun olarak verilebilir. Bu Devlet, söz konusu yasanın ilgili hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirir".

Bir kimsenin yaşamına kasten son verilememesi ve Devletin hayat hakkını yasalarla koruma yükümlülüğü maddenin özünü oluşturmaktadır⁵³. Ancak istisnai hallerde öldürme eylemi haklı gösterilebilmektedir;

⁴⁹ Bkz. Birleşik Krallık/Dianne Pretty kararı, 26/04/2002 tarih, Başvuru No: 2346/02 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>) (Erişim Tarihi: 10/06/2014).

⁵⁰ **BAHADIR**, Oktay; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı, Ankara 2009, s. 15-16.

⁵¹ Karar için bkz. 49 No'lu dipnot.

⁵² **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, s. 156.

⁵³ **GARLICKİ**, s. 80.

- a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması için,
- b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için,
- c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması amacıyla,

Yaşam hakkına istisnalar getirilmiştir. Yukarıda belirtilenler, korunması gereken çok daha üstün menfaatler olarak değerlendirildiği için, Sözleşme'nin 2. maddesine istisna getirilmiştir⁵⁴. Ancak bu istisnaların uygulanmasına "zorunlu ve gerekli" olan hallerde "orantılı" olarak başvurulmalıdır⁵⁵. Diğer bir deyişle, yaşam hakkının ihlal edilmesine sebep olan söz konusu istisnaların uygulanmasına, "son çare" olarak ve "mutlak bir zorunluluk" halinde başvurulmalıdır⁵⁶.

Yaşama hakkının ihlali sonucunu doğuran ve tartışılması gereken diğer bir konu ise, gözaltına alındıktan sonra kendisinden haber alınamayan kişilerin durumudur⁵⁷. Bu kapsamda güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınan kişilerden bir daha haber alınamaması halinde Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının mı yoksa 5. maddede düzenlenmiş olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının mı ihlal edildiği tartışılmaktadır⁵⁸.

⁵⁴ ŞENOL, s. 79.

⁵⁵ "Ancak, kuvvet kullanımı a, b, c, bentlerinde zikredilen maksatlardan birine ulaşılması için kesinlikle zorunlu olan dereceyi aşmamalıdır... Bu açıdan madde 2/2 de "kesinlikle gerekli" ifadesine yer verilmesi, Devletin eylemde bulunmasının Sözleşmenin 8 ila 11. maddelerinin 2. Fıkrasında kaydedildiği üzere demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığının tespitinde normal olarak tatbik edilen sınamadan daha kesin ve daha zorlayıcı bir gereklilik sınaması kullanılması zaruretine işaret etmektedir. Özellikle, kullanılan kuvvet 2. maddenin a, b ve c bentlerinde kaydedilen maksatlarla mutlaka orantılı olmalıdır". Bkz. Oğur/Türkiye kararı, 20/05/1999 tarih, Başvuru No: 21594/93, GARLİCKİ, s. 81.

⁵⁶ ÖZEN, Muharrem; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar, İnsan Hakları ve Adli Yargı, Ankara 2004, s. 129.

⁵⁷ ŞENOL, s. 81.

⁵⁸ ŞENOL, s. 81.

Kurt/Türkiye davasında, davacı oğlunun güvenlik güçleri tarafından götürülmesi üzerine dört yıl geçtiğini ve kendisinden haber alınamadığını; oğlunun güvenlik güçleri tarafından öldürülmüş olabileceğini ileri sürmüştür. Komisyon ve mahkeme, bu davada güvenlik güçlerince götürülen kişinin, güvenlik güçleri tarafından öldürüldüğüne yönelik makul şüpheyi mahal vermeyecek şekilde kanıtlanamamasından ötürü, Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁵⁹. Aynı şekilde Timurtaş/Türkiye kararında Komisyon, 5. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ancak bu karardan sonra gözetimdeki kayıplara ilişkin davalarda, kaybolma süresinin uzun olması halinde fiili bir ölüm karinesinin varlığı kabul edilmeye başlanmıştır⁶⁰. Dolayısıyla gözetim kapsamında kaybolma süresinin uzun olması halinde Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine yönelik kararlar verilmektedir⁶¹.

Özet olarak, AİHM, Sözleşme'nin 2. maddesi ile devletlere üç tür yükümlülük yüklemektedir⁶². Bunlar:

- Devletin bireyi öldürmeme yükümlülüğü
- Yaşamı koruma yükümlülüğü
- Ölümü soruşturma yükümlülüğüdür.

Bu yükümlülöklere aykırı davranılması 2. maddenin ihlali sonucunu doğurur.

B. ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

AİHM, 2. madde kapsamında düzenlenen yaşama hakkına ilişkin devletlere birtakım negatif ve pozitif yükümlölükler yüklemektedir. Etkin soruşturma yükümlölüğü devletin pozitif yükümlölükleri kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda yaşama hakkının ihlali halinde ihlal

⁵⁹ Kurt/Türkiye kararı, 25/05/1998 tarih, No: 24276/94 (Karar için bkz. ÇALIŞKAN, Bilal; İnsan Hakları Soruşturmalarında Cumhuriyet Savcılarımızın Dikkat Edecekleri Hususlar ve Hak Arama Hakkı, Adalet Dergisi, Sayı:16, Yıl: Temmuz 2003, s. 14-15).

⁶⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 158.

⁶¹ Bkz. Taş /Türkiye kararı, 14/11/2000 tarih, Başvuru No: 24396/94 (Karar için bkz. ÇALIŞKAN, s. 20)

⁶² DOĞRU/NALBANT, s. 9.

iddiasına yönelik etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü devletlerin pozitif yükümlülüklerindendir.

İlk olarak, devletlere böyle bir yükümlülüğün verilmesindeki amacın ne olduğu tespit edilmelidir. Kişilerin ölümü üzerine etkili bir soruşturma yapılmasının temel amacı, yaşama hakkına ilişkin ulusal yasaların etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamakla birlikte, yaşam hakkını ihlal eden kişilerin veya devlet organlarının karıştığı olaylarda bu kimselerin sorumluluğunu temin etmektir⁶³.

Yaşam hakkı bakımından etkin bir soruşturma yürütülmesi, tüm delillerin toplanması ve elde edilen deliller neticesinde sorumluların tespiti ile cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olmasına bağlıdır⁶⁴. AİHM Ataman/Türkiye kararında⁶⁵ *"Yetkili mercilerin, olaylara ilişkin delillerin, özellikle de görgü tanıklarının ifadelerinin, polislerin elde ettiği bilimsel ve teknik verilerin, gerektiğinde maktulün vücudundaki zedelenmeleri tam ve belirgin bir şekilde gösterecek bir otopsi sonucunun ve hastanede yapılan gözlemlerin nesnel bir değerlendirmesinin toplanabilmesi için makul olarak kendilerine açık olan tedbirleri almaları gerekmektedir"* diyerek delillerin teslimi, toplanması ve muhafaza edilmesinin önemini vurgulamıştır.

Soruşturma makamlarının, etkin soruşturma yürütülmesi bakımından bir takım ek yükümlülüklerinin olduğunu da belirtmek gerekir. Bu ek yükümlülük, uluslararası toplum bakımından oldukça büyük öneme sahip olan "ırkçı" söylemlere ilişkindir. Gerçekten de, somut olayda bu yönde bir iddia söz konusu ise, ırkçı bir amacın bulunup bulunmadığının ortaya çıkarılması gerekir⁶⁶. AİHM Nachova ve

⁶³ TANRIKULU, s. 177.

⁶⁴ DEVECİ Ali; Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı İhlallerinde Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD. Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2014, s. 63.

⁶⁵ Ataman/Türkiye, Başvuru No: 46252/99, 05/12/2006 tarihli karar, (Karar için bkz. DEVECİ, s. 63).

⁶⁶ DEVECİ, s. 64.

*Diğerleri/Bulgaristan*⁶⁷ ve *Dink/Türkiye*⁶⁸ kararlarında bu husus üzerinde önemle durmuştur.

Ölüm olayının öğrenilmesiyle birlikte yetkili kişiler, soruşturma için derhal harekete geçmeli ve ölenin yakınlarının herhangi bir resmi şikâyetini veya soruşturmaya dâhil olmalarını beklememelidirler⁶⁹. Gerçekten de doğal olmayan ölüm olaylarında etkin bir soruşturma, soruşturma makamlarının derhal harekete geçmesini gerektirir. AİHM kararlarına göre de, ölüm ile sonuçlanan güç vakalarında, yetkililerin ivedilikle hareket etmeleri, herhangi bir hileye ya da kanunsuz eyleme hoşgörü gösterilmesinin engellenmesi, kamuoyunun hukuk devletine bağlılığını sağlamak ve güvenini sürdürmek için temel unsurdur⁷⁰.

AİHM içtihatlarına göre, devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü usule ilişkin pozitif yükümlülük kapsamındadır⁷¹. Bu kapsamda, devletlerin yaşam hakkını ihlalden kaynaklanan usule ilişkin pozitif yükümlülüğü, gerek devlet organlarının kendi sorumlulukları neticesinde gerçekleşen⁷² ölüm olaylarında ve gerekse yaşam hakkını ihlal eden tüm olaylarda suç faillerinin bulunması için tüm imkânları seferber ederek etkin bir soruşturma yapması şeklinde tanımlanabilir⁷³.

Devletler iç hukukunda etkin soruşturma için gerekli olan şartları oluşturmakla yükümlüdürler. Yani soruşturma nasıl yapılacak olursa olsun, devletler iç hukuklarında yaşam hakkını ihlal eden olaya yönelik, doğru tespitler yapmalı, olası sorumluların belirlenmesi ve gerekli yaptırımların uygulanması için hızlı, etkili, bağımsız, kamuya açık bir

⁶⁷ 06/08/2005 tarih, Başvuru No: 43577/98 ve 43579/98.

⁶⁸ 14/09/ 2010 tarih, Başvuru No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/05.

⁶⁹ **DEVECİ**, s. 52.

⁷⁰ **DEVECİ**, s. 53

⁷¹ **DOĞRU/NALBANT**, s. 21.

⁷² Mahkeme Ergi/Türkiye kararında, pozitif yükümlülüğün, adam öldürmeye bir devlet yetkilisinin yol açtığı tespit edilmesi halinde de mutlak olarak yerine getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

⁷³ **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, s. 160-161; **ÇAKMAK**, Seyfullah; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı, Adalet Dergisi, Sayı:19, Yıl:Mayıs-2004, s. 157

soruşturma mekanizması oluşturmalıdır⁷⁴. AİHM'in yaşam hakkının ihlal edilmesi neticesinde yapılacak olan etkin soruşturmaya yönelik kararlarından temel ilkeler ortaya konulmuştur:

Kaya/Türkiye kararında⁷⁵, ölen şahsa yönelik yapılan otopsinin yetersizliğini soruşturmanın asgari gereklerinin sağlanmaması nedeniyle eleştirmiştir. Formalite gereği yapılan otopsinin birçok soruyu aydınlatmayacağı, bu nedenle etkili bir soruşturmanın gerçekleştiremeyeceğini ifade etmiştir.

Ergi/Türkiye kararında⁷⁶, yetkili makamların Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlalinden haberdar olur olmaz, re'sen harekete geçmeleri gerektiğini vurgulamıştır. Bu kapsamda Mahkeme *Aktaş/Türkiye* kararında⁷⁷, jandarmaların gözetiminde bulunan şahsın ölümünü adli makamlara bildirmemelerini ve soruşturmanın ölen kişinin yakınlarının savcılığa şikâyetinden sonra başlamasını soruşturma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.

Mahkeme gözetim altına alınan ve daha sonrasında kendilerinden haber alınamayan şahıslara yönelik soruşturmanın olaydan 1,5 yıl sonra başlatıldığı, Cumhuriyet savcılığınca 3,5 yıl sonra sorgulandığı *Çiçek/Türkiye* kararında⁷⁸, soruşturmada 2. maddeyi ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, birçok kararında etkin bir soruşturma için, Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkına riayet edilmesi gerektiğini de ifade etmiştir. Bu kapsamda 2. maddenin etkin soruşturma yükümlülüğü kapsamında ihlal edildiği bazı hallerde, 13. maddenin ihlal edildiğini hükme bağlamıştır. *Mahmut Kaya/Türkiye* kararında⁷⁹, hızlı ve etkin bir soruşturma yapılmadığından bahisle, Sözleşme'nin 13.

⁷⁴ DOĞRU/NALBANT, s. 22-23.

⁷⁵ 19/2/1998 tarih, Başvuru No: 22729/93.

⁷⁶ 28/7/1998 tarih, Başvuru No: 23818/94.

⁷⁷ 24/04/2003 tarih, Başvuru No: 24351/94.

⁷⁸ 27/2/2001 tarih, No: 25704/94 (Karar için bkz. ÇALIŞKAN, s. 23-24).

⁷⁹ 28/3/2000 tarih, Başvuru No: 229535/93; Benzer bir karar için bkz. Salman/Türkiye kararı, 27/6/2000 tarih, Başvuru No: 21986/93

maddesinin ihlal edildiğini hükme bağlamıştır. Benzer şekilde, *Berktaş/Türkiye* kararında⁸⁰, sanık polislerin eylemleri ile mağdurun vücudundaki yaralar arasında bir bağlantı kurulması noktasında bir açıklama yapmadan sadece üç polisin ifadesine dayanarak beraat hükmü kurulmasını, ağır ceza mahkemesinin polislerin hata yaptıklarını ikna edecek bir soruşturma yürütülmediğinden, 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Tanlı/Türkiye kararında⁸¹ Mahkeme, gözaltında öldüğü iddia edilen kişi hakkında işkence neticesinde ölümün gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin tam ve doğru otopsi yani objektif bir analiz yapılmadığını ve Cumhuriyet savcısının bu durumlarda daha detaylı bir inceleme yapması gerektiği, ancak iddianamede, bunu destekleyecek herhangi bir tıbbi rapor veya uzman raporu olmadan ölümün korku nedeniyle gerçekleştiğinin belirtildiğinden hareketle, yetersiz adli soruşturma sonucu yapılan kovuşturmada, polis memurlarının delil yetersizliğinden serbest bırakıldığı olayda, 2. maddenin ihlaline hükmetmiş ve 2. madde kapsamında yapılması gerekli olan soruşturmanın 13. madde gereğince daha kapsamlı yapılması gerektiği ancak yapılmadığını bu nedenle de 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Soruşturma ihlale sebep olan sorumluların belirlenmesi bakımından hızlı, etkili ve yeterli şekilde yapılmalıdır. Bu husus aynı zamanda sorumluların cezalandırılabilmeleri için şarttır. Bu bakımdan sorumluların belirlenmesine ve olayın aydınlatılmasına yönelik olan bütün delillerin toplanması gerektiği *Salman/Türkiye*⁸² ve *Gül/Türkiye*⁸³ kararlarında mahkeme tarafından ifade edilmiştir.

Mahkeme *Avşar/Türkiye* kararında⁸⁴, 2. madde kapsamında soruşturmanın hızlı yürütülmesi gerekirken bunun yapılmamasını, haklarında olaya karıştığına ilişkin iddialar bulunan jandarma komutanı

⁸⁰ 01/03/2001 tarih, Başvuru No: 22493/93.

⁸¹ 10/04/2011 tarih, Başvuru No: 26129/95 (Karar için bkz. ÇALIŞKAN, 24-26).

⁸² 27/6/2000 tarih, Başvuru No:21986/93.

⁸³ 14/12/2000 tarih, Başvuru No: 22676/93.

⁸⁴ 10/07/2001 tarih, Başvuru no: 23954/94 (Karar için bkz. ÇALIŞKAN, s. 25-26).

tarafından yürütülmesini, soruşturmada ciddi eksiklik olarak nitelendirerek 13. maddenin ihlaline karar vermiştir.

Hemen belirtelim ki Mahkeme, ölümle sonuçlanan olayların sayısının fazla olmasını ve delillerin araştırılmasında yaşanan yerel zorlukların devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını karara bağlamıştır⁸⁵. *Kaya/Türkiye* kararında⁸⁶ Türkiye'nin güneydoğusunda yaşam kaybının trajik ve sıklıkla gerçekleştiğini tespit ettikten sonra bunun Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında etkili ve bağımsız bir soruşturma yapılması gerekliliğini ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir. Diğer yandan *Tanrıkulu/Türkiye* kararında⁸⁷ aynı bölgede sıklıkla yaşanan ölümlerin delillerin belirlenmesi bakımından devletin etkin soruşturma yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.

Devletin yaşam hakkının ihlaline yönelik etkin soruşturma yapma usuli pozitif yükümlülüğünün içeriği ve bu kapsamda yukarıda ifade etmeye çalıştığımız mevzuların özeti anlamında *Hugh Jordan/Birleşik Krallık* kararında⁸⁸ mahkeme şunlardan bahsetmektedir: Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince devletin yetki alanındaki herkesin 2. maddede düzenlenen yaşama hakkını koruma yükümlülüğü vardır. Yaşam hakkının ihlal edildiği durumlarda ise etkili bir resmi soruşturmanın yapılması zorunludur⁸⁹. Etkili bir soruşturmanın amacı ise, iç hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak ve ihlalden sorumlu olan kişilerin hesap verebilirliklerini sağlamaktır. Bununla birlikte ihlalden haberi olan makamlar haberdar olur olmaz kendiliğinden harekete geçmelidirler. Mağdurun yakınlarına suç duyurusunda bulunma ya da sorumluluğun üstlenilmesi gibi yükümlülükler yüklenemez⁹⁰.

⁸⁵ **DUTERTRE**, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara 2007, s. 46.

⁸⁶ 19/2/1998 tarih, Başvuru No: 22729/93 (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 12/07/2014).

⁸⁷ 8/8/1999 tarih, Başvuru No: 23763/94.

⁸⁸ 4/5/2001 tarih, Başvuru No: 247446/94 (Karar için bkz. **DUTERTRE**, s. 48-49).

⁸⁹ *Mc Cann ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararı, 27/09/1995 tarih, Başvuru No: 18984/91.

⁹⁰ *İlhan/Türkiye* kararı, 27/06/2000 tarih, Başvuru No: 22277/93.

Yaşam hakkını ihlal eden olayı devlet görevlilerinin gerçekleştirdiği iddia ediliyorsa, olaya karıştığı iddia edilen kişilerin soruşturmaya katılmamaları etkin ve bağımsız bir soruşturma için önemlidir⁹¹. Yine soruşturmanın, delilleri ortaya koyacak ve sorumluları tespit edecek nitelikte olmalıdır⁹². Makamlar delilleri toplamak için her türlü makul adımı atmalı ve başvurulacak yöntemleri sonuca ulaşmak bakımından azami derecede kullanmalıdırlar. Bu bağlamda ilgili makamlar olayın niteliğine göre makul bir hızla soruşturmayı yürütmelidir.

Hesap verilebilirlik ilkesi bağlamında halkın soruşturma üzerinde belli bir denetim yetkisine sahip olması gerekir. Maktulün en yakın akrabasının ise bu sürece gerektiğince katılması önem arz eder⁹³.

IV. İŞKENCE YASAĞI VE SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İşkence bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlardır⁹⁴. Yapılan tanımdan hareketle, işkence yasağı ile kişinin vücut bütünlüğü, ruh ve beden sağlığı, onuru, şeref ve haysiyeti ve hatta yaşama hakkı korunmaktadır. İşkence suçu kamu görevlisi tarafından işlenebilmektedir. İşkence suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesinden hareketle, kamu görevlisinin hukuka aykırı hareketi vatandaşın devlete olan güvenini azaltacaktır. Ayrıca kamu görevlisinin devlete olan sadakat yükümlülüğünü de ihlal edecektir. Bu nedenle işkence neticesinde kamu idaresine, devlete ait yararların da ihlal edildiğini söyleyebiliriz⁹⁵.

İşkence suçu uluslararası birçok sözleşmede düzenlenmiştir. AİHS ile birlikte, "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi", "İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı

⁹¹ Güleç/Türkiye kararı, 27/07/1998 tarih, Başvuru No: 21593/93.

⁹² Oğur/Türkiye kararı, 25/05/1999 tarih, Başvuru No: 21594/93.

⁹³ Güleç/Türkiye kararı, 27/07/1998 tarih, Başvuru No: 21593/93.

⁹⁴ ARTUK, Emin M./GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner A.; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2014, s. 170.

⁹⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 171.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", "İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza ve Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" işkencenin düzenlendiği uluslararası belgelerdendir.

Demokratik bir toplumun vazgeçilmesi olan işkence yasağının koruduğu değerler ve hakkın bizatihi sahip olduğu özel önem dolayısıyla, yasağa aykırı fiillerin cezalandırılması gerekmektedir. Bu da devletin makamlarının yapacağı etkin bir soruşturma ile mümkündür.

A. İŞKENCE YASAĞININ KAPSAMI

İşkence yasağı uluslararası toplumun üzerinde sürekli düzenlemeler yaptığı, birçok sözleşmede yer alan, istisna getirilemeyen mutlak bir hak olma özelliğine sahiptir. İşkence yasağı uluslararası hukukta emredici nitelikte olup, olağan ve olağanüstü durumlarda hiçbir istisna getirilemeyecek devletler hukuku kuralıdır⁹⁶. Nitekim Mahkeme *İrlanda / Birleşik Krallık* kararında⁹⁷, Sözleşme'nin (AİHS m.3) işkenceyi mutlak surette yasakladığını ifade etmiştir⁹⁸.

İşkence yasağın amacı kamu görevlilerinin kamu gücünü kullanarak kişiler üzerinde çeşitli bilgilerin alınması amacıyla kasıtlı olarak uyguladıkları vücut ve ruh bütünlüğünü ihlal edici davranışlara karşı kişinin söz konusu bütünlüğünü ve onurunu korumaktır⁹⁹.

⁹⁶ DOĞAN, İlyas/AKIL, Abdülkadir; İstanbul Protokolü İlkeleri Işığında İşkencenin Soruşturulması, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ankara 2009, s. 47; ŞENOL, s. 94.

⁹⁷ 18/01/1978 tarih, No: 5310/71 (Karar için bkz. DOĞRU/NALBANT, s. 184).

⁹⁸ DUTERTRE, s. 57.

⁹⁹ İşkence suçu 5237 sayılı TCK'nın 94. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre işkence suçu kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir özgü suçtur. Bu suç ancak kasten işlenebilir. Bu bakımdan 5237 sayılı kanun ile 765 sayılı ETCK arasında fark vardır. Suçun özel kastla işlenebileceğini öngören eski kanunun aksine, işkence suçu yeni TCK bakımından genel kastla işlenebilmektedir. Eski kanunun 243. maddesine göre özel kastı oluşturan saik, sanığın cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple hareket etmiş olmasıdır. Eski kanunun aksine yeni TCK'da işkence suçunun genel kastla işlenebileceğinin düzenlenmiş olması hatalıdır. Bu da suçun düzenlenme amacıyla bağdaşmamaktadır. Zira işkence kamu görevlisinin işlediği kasten yaralamadan öte, nitelik olarak farklı bir kavramdır. İşte bu

AİHS'in 3. maddesinde işkence yasağı ile birlikte, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlarda yasaklanmıştır. Her ne kadar madde başlığı "*işkence yasağı*" olarak adlandırılmışsa da, üst başlığın altında üç farklı eylem yasaklanmıştır¹⁰⁰. Bu bağlamda işkencenin, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlardan ayırt edilmesi gerekir. İnsanlık dışı muamele ile işkence yoğunluk ve ağırlık bakımından birbirlerinden farklıdırlar.

Kamu görevlisi tarafından kasten gerçekleştirilen eylemin sebebiyet verdiği acı ve ıstırap işkencedeki kadar ağır değilse veya işkencedeki gibi ağır veya ıstırap doğurduğu halde acı ve ıstırap verme "*kastı*" yoksa insanlık dışı muamele olarak nitelendirilir¹⁰¹. Örneğin; Mahkeme, İrlanda/Birleşik Krallık kararında, "*duvar dibine dikme, kafaya başlık geçirme, ısıklık veya düdük sesi verme, uyutmama ve yiyecek-içecek vermeme*" eylemlerini insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiştir¹⁰². Mahkeme, *Tyrer/Birleşik Krallık* kararında¹⁰³ onur kırıcı muamele ve

farklılığı meydana getiren ise failin saikidir. Gerçekten de ağır acı ve ızdıraba yol açan fiilin kasten işlenmesinin yanında bilgi elde etmek veya bir suçu itiraf ettirmek amacıyla yapılmış olması gerekmektedir. Çünkü işkence eylemi söz konusu amaçlar için kullanılmaktadır. AİHM de bir kararında (Corsacov/Moldova kararı, Başvuru No: 18944/02, Tarihi:04/04/2006) "*işkence, kişiden bilgi elde etmek, cezalandırmak veya onu sindirmek niyetiyle gerçekleştirilen kötü muamelenin en menfur şeklini oluşturur*" diyerek buna açıkça vurgu yapmaktadır. Ancak AİHM içtihatlarında her ne kadar bu yönde bir vurgu yapılsa da, Mahkeme işkenceyi tarif etmede bu hususu olmazsa olmaz bir şart olarak kabul etmemektedir. Sadece destekleyici bir unsur olarak kullanılmaktadır. Ancak biz TCK m. 94 kapsamında yapılan işkence düzenlemesinin belirtilen özel saikin bulunmamasının diğer suçlardan ayırt edilmesi bakımından olması gerektiği kanaatindeyiz. Netice olarak yeni düzenlemede bu husus göz ardı edilmiştir. (TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Ruhan Mustafa/ÖNOK, Murat R.; Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara 2014, s. 263; ÖZBEK, Özer Veli/KANBUR, Nihat Mehmet/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 4. Baskı, Buca 2012, s. 282; DEVECİ, s. 29).

¹⁰⁰ TAHTALI, Murat Buğra; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Türkiye'deki Yansımaları, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı: 4, s. 4.

¹⁰¹ DOĞRU/NALBANT, s. 139.

¹⁰² İrlanda/Birleşik Krallık kararı, 18/01/1978 tarih, Başvuru No: 5310/71 (Karar için bkz. DOĞRU/NALBANT, s. 184).

¹⁰³ 25/04/1978 tarih, Başvuru No: 5856/72 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 06/12/2014).

cezaı bireyi başkalarının ya da kendi gözünde küçük düşüren muamele olarak tanımlamıştır¹⁰⁴. Daha somut bir açıklama ile bir fiilin işkence olarak nitelendirilmesi için:

- Kişi üzerinde bedensel veya ruhsal olarak kuvvetli bir şekilde acı veyahut ıstıraba yol açması,
- Fiilin kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişinin üçüncü bir kişiyi kullanmak suretiyle dolaylı olarak hareket etmesi,
- Kişinin bedensel veya ruhsal olarak acı veya ızdırap çekmesine sebep olan eylemin, kişiyi itirafa zorlama, kişiden bilgi alma veya suçu aydınlatma gibi amaçlar yönelik yapılması gerekir¹⁰⁵.

Mahkeme *Aksoy/Türkiye* kararında¹⁰⁶, başvuranın Filistin askısına konularak soyulup çıplak bir şekilde elleri arkadan bağlanmış şekilde bırakılmasını işkence olarak değerlendirmiştir. Yine Mahkeme, *Aydın/Türkiye* kararında¹⁰⁷, gözaltında gerçekleşen tecavüz fiilini de işkence kapsamında değerlendirerek 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenebilmesi için, şikâyet edilen eylemin 3. maddenin koruma alanına girip girmediği tespit edildikten sonra, uygun delillerin bulunup bulunmadığının tespiti gerekir. Burada ispat yükü devlete aittir. Esasen Mahkeme önüne gelen bir davada kural iddia edenin bunu ispatla yükümlü olmasıdır. Ancak Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında gözaltı ve cezaevinde kalanlar bakımından ispata ilişkin bir

¹⁰⁴ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 199.

¹⁰⁵ ÖNOK, Murat; Uluslararası Boyutlarıyla İşkence Suçu, Ankara 2006, s. 30.

¹⁰⁶ 18/12/1996 tarih, Başvuru No: 21987/93 (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi:1.5.2014).

¹⁰⁷ 25/09/1997 tarih, Başvuru No: 23178/94 (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 1.5.2014).

karine getirerek, devlete ispat külfeti yüklemiştir¹⁰⁸. Mahkeme bir çok kararında, aleyhine başvuru yapılan devletlerden, başvurusuya karşı, iddia edildiği gibi işkencenin veya kötü muamelenin yapılmadığının ispatına ilişkin delil sunmasını istemiştir¹⁰⁹. Örneğin *Gafgen/Almanya* kararında¹¹⁰, bir kimsenin sağlığı iyi durumdayken gözaltına alındığı halde salıverildiği zaman yaralanmış olduğunun görülmesi halinde, bu yaraların nasıl oluştuğuna dair aklın alabileceği şekilde açıklama yapmanın devlete düştüğüne, devletin bunu yapmamasının Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından açık bir mesele doğuracağı üzerinde durulmuştur. Mahkeme bunu belirtmekle birlikte olayda Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı pratiklerin bulunup bulunmadığı konusunda ikna olabilmek için, ispat külfetinin sadece bir Hükümetin üzerinde olduğu düşüncesine dayanmadığını da ifade etmektedir¹¹¹. Ayrıca Mahkeme önüne gelen davalarda, ister Komisyon'dan ister taraflardan, isterse başka kaynaklardan gelsin, önündeki bütün materyallere dayanır; gerekirse kendisi materyal toplar. Sonuç olarak Mahkeme'nin önündeki deliller, başvurusunun Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girecek yeterli ağırlıkta bir muameleye tabi tutulduğunu hiçbir makul kuşku kalmayacak şekilde tespitini mümkün kılsa Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği kararı verilir. Nihayet delilleri ile kanıtlanan eylemin maddedeki hangi yasak kapsamına girdiğinin belirlenmesi gerekir¹¹². Bunlar sırasıyla "*uygulanabilirlik sorunu*", "*kanıtlama sorunu*" ve "*nitelendirme sorunu*" olarak adlandırılmaktadır¹¹³.

¹⁰⁸ **ANAYURT**, Ömer; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü (Editör: Prof. Dr. İlyas DOĞAN), Ankara 2009, s. 275.

¹⁰⁹ Bkz. AİHM, Labita/İtalya kararı, 06/04/2000 tarih, Başvuru No:26772/95; Çakıcı/Türkiye kararı, 08/07/1999 tarih, Başvuru No: 23657/94 (Kararlar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 12/12/2014).

¹¹⁰ 01/06/2010 tarih, Başvuru No: 22978/05 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 16/12/2014).

¹¹¹ AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık kararı, 18/01/1978 tarih, Başvuru No: 5310/71 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 16/12/2014).

¹¹² Bkz. 109 No'lu dipnot.

¹¹³ **DOĞRU/NALBANT**, s. 126.

Son olarak yaşam hakkında olduğu gibi Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında da devletlerin birtakım pozitif ve negatif yükümlülükleri vardır. Devletin 3. madde kapsamında negatif yükümlülüğü resmi hizmeti ifa edenlerin ilgili madde kapsamında yasaklanan eylemleri yapmaktan kaçınmalarıdır. Pozitif yükümlülükleri ise özgürlükleri belirli sebeplerden ötürü tahdit edilen kişilerin korunması için özen göstermek, kötü muamelelerden korumak¹¹⁴ ve nihayet açıklayacağımız ihlal iddialarını etkili biçimde soruşturma yükümlülüğüdür¹¹⁵.

B. SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sözleşme'nin 2. maddesinde olduğu gibi, 3. maddesinin ihlal edilmesi halinde de devlet ihlali etkin şekilde soruşturma yükümlülüğü altındadır. Devletin işkence ve kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü pozitif nitelikte bir usul yükümlülüğüdür. Devletin bu yükümlülüğü AİHM'in içtihatlarından çıkarılmaktadır. Devletin bu kapsamda etkin soruşturma yapma yükümlülüğü AİHS'de düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Mahkeme 3. maddeyi bazı kararlarında 1. madde ile birlikte¹¹⁶, diğer bazı kararlarında ise 13. madde ile birlikte¹¹⁷ yorumlayarak devletin soruşturma yükümlülüğünü içtihadi olarak tayin etmiştir¹¹⁸. Hemen belirtelim ki BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 12. maddesinde "*Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul sebepler bulunması halinde, yetkili makamlar tarafından derhal ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını sağlar*" denilmek suretiyle, devletin bu soruşturma yükümlülüğü tayin edilmiştir.

¹¹⁴ AİHM, Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı, 10/05/2001 tarih, Başvuru No: 29392/95 (Karar için bkz. **DOĞRU/NALBANT**).

¹¹⁵ **KOCABAŞ**, s. 80

¹¹⁶ Bkz. AİHM, Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan kararı, 28/10/1998 tarih, Başvuru No: 24760/94.

¹¹⁷ Bkz. AİHM, Aksoy/Türkiye, 18/12/1996 tarih, Başvuru No: 21987/93 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 15/03/2014).

¹¹⁸ **DOĞRU/NALBANT**, s. 172.

"İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu" olarak nitelendirilen "İstanbul Protokolü"nde de konuya ilişkin bazı kriterler belirlenmiştir. İstanbul Protokolüne göre devletin, işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı eylemlere karşı etkin bir soruşturma yapmasının amacı şu şekildedir¹¹⁹:

- Bulguların açıklığa kavuşturulması ve işkence görenler ve aileleri için, işkence olayına karışan bireylerin ve Devletin sorumluluğunun saptanması ve kabul edilmesi,
- Olayın tekrarlanmasını önlemek için gerekli önlemlerin belirlenmesi,
- Soruşturma sonucunda işkence veya kötü muameleden sorumlu olduğu düşünülen kişilerin yargılanmalarının ve/veya uygun disiplin cezalarına çarptırılmalarının temin edilmesi,
- Devlet'in adil ve yeterli maddi tazminat ile tıbbi bakım ve rehabilitasyon olanaklarını sağlaması da dahil olmak üzere, tam bir tazminatın ve koşullarda iyileştirmenin gerektiğinin gösterilmesi.

Soruşturmayı yürütenlerin yukarıda sayılan amaçları gerçekleştirmek için birtakım hususları yerine getirmeleri gerektiği ise yine ilgili Protokol'ün IV. bölümünde ifade edilmiştir. Buna göre; İşkence gördüğü iddia edilen kişinin ve tanıkların ifadesi alınmalı, sorumlular hakkında kovuşturma yürütülebilmesi için gerekli tıbbi delillerde dahil olmak üzere her türlü delili ortaya çıkarılmalı ve muhafaza edilmeli, iddia edilen işkence olayının ne zaman, nasıl nerede gerçekleştirildiği ile birlikte belli bir model veya uygulama biçimine uyup uymadığı tespit edilmelidir.

İstanbul Protokolü ile birlikte AİHM içtihatları ile birlikte konuya ilişkin soruşturma ilkeleri belirlenmiştir. AİHM de içtihatlarını belirlerken

¹¹⁹ İstanbul Protokolü Ek-I Madde-1

özellikle İstanbul Protokolü'nü göz önüne almaktadır¹²⁰. Etkin bir soruşturma yapılabilmesi için gerekli olan ilkeleri izah etmeden önce bir noktayı belirtmekte fayda vardır. Şöyle ki, 3. maddenin ihlaline ilişkin yerel mahkemeler önünde açılmış bir dava esnasında da mahkeme soruşturmanın etkin olarak yürütülüp yürütülmediğini incelemelidir. Yani mahkeme önüne gelen bir davada hüküm vermeden önce işkence olayına ilişkin soruşturmanın düzgün ve yeterli ölçüde yapılıp yapılmadığını belirlemelidir¹²¹. Diğer yandan buradaki soruşturma kavramının geniş kapsamda anlaşılması gerekir. Cezai soruşturma, kovuşturma dışında idari anlamdaki disiplin soruşturmaları ve tazminat davaları da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

İşkence suçunun soruşturulması bakımından re'sen harekete geçme ilkesi geçerlidir. Yani ilgili makamlar Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden bir eylemin haberini aldıkları anda harekete geçmelidirler. Herhangi bir şikâyet veya izin şartı¹²² gerekmemektedir¹²³. Mahkeme *Batı ve*

¹²⁰ AİHM, *Batı ve Diğerleri kararı*, 03/06/2004 tarih, Başvuru No: 33097/96 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 4.5.2014).

¹²¹ DOĞRU/NALBANT, s. 173.

¹²² Bilindiği gibi Türk hukukunda memurların yargılanması özel yargılama usulüne tabidir. Bir kamu görevlisinin görevi ile ilgili bir suç işlediği iddiası söz konusu ise savcı CMK'da belirtilen prosedürden farklı bir yol izler. Cumhuriyet savcısı ivedilikle kaybolması muhtemel olan veya risk teşkil eden delilleri topladıktan sonra, CMK' da öngörülen prosedürden farklı olarak, şüpheliyi sorgulayamaz, gözaltına alamaz, tutuklama isteminde bulunamaz. Sadece ilgili kamu görevlisinin idari amirinden soruşturma için "izin" ister. İdari amir de ya bizzat kendisi ya da görevlendireceği bir muhakkik aracılığı ile ön incelemede bulunur. Bu inceleme sonucunda soruşturma izni verilirse ancak o zaman savcı CMK' da öngörülen soruşturma işlemlerine devam edebilir. İşkence suçu ise, bu durumun istisnasını teşkil eder (**TAHTALI**, s. 28).

¹²³ Bu durum 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un Kapsam başlıklı 2. maddesinin 5. fıkrasında "765 sayılı TCK'nın 243 ve 245. maddeleri... kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu kanun hükümleri uygulanmaz", ifadesi ile hüküm altına alınmıştır. Burada atıf yapılan suçlar işkence ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçlarıdır. 765 sayılı kanun, 5237 sayılı yeni TCK ile yürürlükten kaldırıldığından, bu hükümden anlaşılması gereken 5237 sayılı kanunun bu suçlara tekabül eden 94 ve 95. maddeleri kapsamında işlenen soruşturmalarda, 4483 sayılı kanunda belirtilen izin prosedürünün uygulanmayacağıdır. Ayrıca CMK m. 161/5 hükmünde "Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu

*Diğerleri/Türkiye kararında*¹²⁴, İstanbul Protokolü'nde düzenlenen "*Açık bir şekilde şikâyetin olmadığı durumlarda bile işkence yapıldığına dair belirtiler varsa soruşturma yapılır*" ifadesine atıf yaparak, suça ilişkin belirtilerin olduğu durumlarda soruşturmanın başlatılması gerektiğini belirtmiştir.

Soruşturmanın derhal başlatılması ve süratle yürütülmesi, soruşturmadan netice alınabilmesi, faillerin tespit edilip cezalandırılabilmesi ve özellikle delillerin kaybolmadan ve işlevini yitirmeden kullanılabilmesi bakımından önem arz eder¹²⁵. Diğer yandan, derhal harekete geçme, soruşturmayı yürütmekle görevli olanların, ihlali gerçekleştiren kişileri tespit etme noktasındaki niyetlerinin de bir göstergesidir¹²⁶. Ceza muhakemesi bakımından ise maddi gerçeğe ulaşma bakımından oldukça önemlidir.

*Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye kararı*¹²⁷ 3. madde kapsamında yapılması gereken soruşturmanın ihlaline yönelik verilmiş kararlardan biridir. Olaya göre, başvurunun polisler tarafından gözaltında tutulduğu sırada işkence yapıldığı adli tıp raporu ile tespit edilmiştir. Raporla göre başvurunun vücudunda berelerin varlığı tespit edilmiştir. Başvurucu Cumhuriyet savcısına verdiği ifadede kendisine işkence sonucu bazı belgelerin imzalatıldığını ifade etmiştir. Gerekli adli raporların olmasına rağmen, savcı tarafından bu şikâyet soruşturulmamıştır. Başvurucunun iddialarına ve yetkililerin önüne sunulan dosyalarda ilgili raporların varlığına rağmen olayın soruşturulmaması 3. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

görevlileri... hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır" ifade yer almaktadır. Bu hüküm karşısında 4483 sayılı kanunun kapsamı dışında bırakılmamış olsa dahi işkence ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçları kendilerine isnat edilen kolluk görevlileri hakkında izin prosedürünün uygulanmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

¹²⁴ 03/06/2004 tarih, Başvuru No: 33097/96 (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 30/04/2014).

¹²⁵ DEVECİ, s. 53.

¹²⁶ DEVECİ, s. 54.

¹²⁷ 11/04/2000 tarih, Başvuru No: 32357/96 (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 30/04/2014).

Soruşturma organlarının bağımsız olması etkin bir soruşturma için gerekli koşullardan biridir. Bu cümleden hareketle, işkence iddialarını soruşturan kurumların, olayda sorumluluğu söz konusu olabilecek kişi ve kurumlardan bağımsız olarak yapılması gerekir¹²⁸. Mahkeme *Talat Tepe/Türkiye*¹²⁹, *Zülcihan Şahin ve Diğerleri/Türkiye*¹³⁰, kararlarında, işkence ve kötü muameleyi soruşturan kişi ve kurumların bağımsız olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğini karara bağlamıştır.

Mahkeme, gözaltında tecavüz ve kötü muameleler ile ilgili *Aydın/Türkiye* kararında¹³¹, savcının başvurunun ifadelerinin doğru olup olmadığını tespit etmemesini, faillerin kovuşturulmaları ve mahkûm edilmeleri için yeterli araştırma yapılmamasını, kendi girişimleriyle görgü tanıklarını tespit etmemesini ve olay hakkında bilgi toplamak için anlatılan yere gitmemesini ve soruşturmanın başlangıç aşamasında hiç bir görevlinin ifadesinin alınmamasını güvenlik güçlerine karşı boyun eğme tutumu olarak değerlendirerek soruşturmada ağır kusur olarak nitelendirmiştir.

Buraya kadar işkence ve kötü muamelenin soruşturulması ile ilgili re'sen harekete geçme ve bağımsız soruşturmacıların gerekli olduğunu ifade ettik. Ancak bunların varlığı yeterli olmayıp soruşturmanın etkili olması da gerekir. Yani işkence ve kötü muamelenin ortaya çıkarılması, sorumluların cezalandırılabilmesi için delillerin toplanması ve muhafaza edilmesidir. Bu kapsamda delillerin elde edilmesi, korunması hususunda soruşturmacılara yetkiler tanınmalı bununla birlikte gerekli teknik imkânların ve bütçe kaynaklarının soruşturmacılar tarafından

¹²⁸ KOÇ, Aysun/ÜÇPINAR, Hülya/SAKALLI, Nazan; İşkenceye Açık Kapılar-Mevzuat ve Uygulama Çerçevesinde Cezasızlık Olgusunun Değerlendirilmesi, İzmir 2009, s. 211.

¹²⁹ 21/12/2004 tarih, Başvuru No: 31247/96 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 30/04/2014).

¹³⁰ 03/02/2005 tarih, Başvuru No: 53147/99 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 30/04/2014).

¹³¹ 25/09/1997 tarih, Başvuru No: 23178/94 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 30/04/2014).

kullanılabilmesi de sağlanmalıdır¹³². Mahkeme *Erdoğan/Türkiye* kararında, soruşturmanın olayın gerçekleştiğini ispat edecek delillerin ortaya çıkarılmasına ve sorumluların cezalandırılmasına imkan sağlayacak ölçüde olması gerektiğini vurgulamış ve bunun bir sonuç yükümlülüğü değil, araç yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir. Yine aynı kararda mahkeme, her türlü delilin korunması için gerekli önlemlerin yetkililer tarafından alınması şeklinde değerlendirme yapmıştır¹³³.

Mahkeme'nin delillerin ve korunmasının önemini vurguladığı bir diğer dava ise *Batı ve Diğerleri/Türkiye* kararıdır¹³⁴. Buna göre yetkililer, olayla ilgili delilleri korumak için alabilecekleri her türlü makul tedbiri almalıdır. Bu tedbirler arasında, diğer tedbirlere ek olarak, iddiada bulunan mağdurun iddialarıyla ilgili ayrıntılı ifadesinin alınması, görgü tanıklarının beyanlarının alınması, adli tıp delillerinin toplanması, ayrıca uygun olduğu takdirde yaraların tam ve doğru bir şekilde kaydedilmesini sağlamak amacıyla ilave tıbbi belgelerin alınması ve tıbbi bulguların özellikle de yaraların sebebine ilişkin objektif bir analizinin yaptırılması yer almaktadır. Ayrıca Mahkeme, iddiacının iddiaları ile tıbbi bulguların uyumlu olmasının zorunluluğuna işaret etmektedir¹³⁵. *Gafgen/Almanya* kararında¹³⁶ Mahkeme, başvurusunun aldığı tıbbi belgelerin, yaraların muhtemel sebebine ilişkin bir işaretle bulunmadığını ifade etmiştir. *Martinez Sala ve Diğerleri/İspanya* kararında¹³⁷ ise 15 başvurusunun gözaltında darp edildikleri, uykusuz ve aç bırakıldıkları, bazılarının başlarına plastik torba geçirildiği şeklinde işkence gördükleri şikâyetiyle savcılığa yaptıkları başvurunun doktor raporlarına göre delil bulunmaması nedeniyle takipsizlik kararı verilmesi, başvuruçuların kötü muamele

¹³² İstanbul Protokolü, Ek-I, m. 3.

¹³³ AİHM, *Erdoğan/Türkiye* kararı, 20/06/2002 tarih, Başvuru No: 26337/95 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 15/12/2014).

¹³⁴ Karar için bkz. 120 no'lu dipnot.

¹³⁵ AİHM, *Tomasi/Fransa* kararı, 27/08/1992 tarih, Başvuru No: 12850/87 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 17/12/2014).

¹³⁶ Bkz. 110 No'lu dipnot.

¹³⁷ 02/11/2014 tarih, Başvuru No: 58438/00 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 16/12/2014).

gördüklerine dair makul kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde delil bulunmaması sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesine göre ihlal olmadığı şeklinde karar verilmiştir. Yine bir diğer kararda, başvurunun gözaltında işkence gördüğü şikâyetine rağmen başvurunun sunduğu doktor raporunda sağlık kurumunun adının, doktorun diploma numarasının, başvurunun gerçekten muayene edilip edilmediğinin, nasıl ve ne zaman muayene edildiğinin bildirilmemesi, başvurunun bu raporu her hangi bir ulusal makama sunmamış ve savcılığa veya mahkemeye verilmemiş olması, başvurunun kötü muamele gördüğüne dair hiçbir makul kuşkuyla yer bırakmayacak bir sonuca ulaşmasına imkân vermemesi sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında bir ihlalin gerçekleşmediği hüküm altına alınmıştır¹³⁸.

Yine Mahkeme'ye göre, bir soruşturma, hukukta olduğu gibi pratikte de etkili olmalı ve davalı devletin yetkili makamlarının eylemleri veya ihmalleriyle haksız bir şekilde engellenmemelidir. Soruşturma, sorumluların belirlenmelerine (identification) ve cezalandırılmalarına (punishment) yol açabilecek nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezanın hukuken genel biçimde yasaklanmış olması büyük bir öneme sahip olmasına rağmen, bu yasak pratikte etkisiz kalacak ve bazı hallerde devlet görevlilerinin fiili cezasızlıktan yararlanarak, kontrolü altında tuttukları kişilerin haklarını istismar etmelerini mümkün kılacaktır¹³⁹.

Soruşturmanın etkin olabilmesi bakımından işkence ve kötü muamele mağduruna yapılacak olan tıbbi müdahalenin, kamu görevlilerinin ve polislerin bulunmadığı bir ortamda yapılması önem arz eder¹⁴⁰. Mahkeme bu şekilde yapılacak bir adli muayenenin soruşturmanın etkinliğine şüphe düşüreceği kanaatine varmıştır.

¹³⁸ AİHM, Talat Tepe/Türkiye kararı, 21/12/2004 tarih, Başvuru No: 31247/96 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 16/12/2014).

¹³⁹ Aksoy/Türkiye kararı, karar için bkz. 117 no'lu dipnot; Batı ve Diğerleri/Türkiye kararı, karar için bkz. 120 no'lu dipnot.

¹⁴⁰ Lopata/Rusya kararı, 13/07/2010 tarih, Başvuru No: 72250/01, Karar için bkz. **DOĞRU/NALBANT**, s. 178.

Mahkeme, sanığın mağdurun huzurunda dinlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. *Batı ve Diğerleri/Türkiye* kararında Mahkeme, işkence yaptığı gerekçesiyle suçlanan polislerin ifadelerinin talimatla alındığını ve sanıkların İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi önüne çıkarılmadıklarını kaydetmiş, bu bağlamda şüphelilerin, aslında yargılama sırasında mağdurlarla karşılaşmasına imkânı verilmediği halde teşhis edilemediği gerekçesiyle beraat ettirilmesini anlaşılamaz bir durum olarak niteleyerek, bu durumun soruşturmanın etkililiğini zayıflattığını ifade etmiştir.

Son olarak, soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması gerekmektedir. Mahkeme, *Batı ve Diğerleri/Türkiye* kararında bu konuda açıklama getirmiştir. Buna göre, makul bir özen ve hızlilik şartının bu bağlamda zımnen yer aldığından kuşku yoktur. Kötü muamele iddialarını soruşturan yetkililer tarafından bu iddialara hızla bir cevap verilmesi, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılık duygusunun sürdürülmesinde ve hukuka aykırı eylemlere karşı hoşgörü ve işbirliği görüntüsünün engellenmesinde genellikle esaslı bir unsur olarak görülmelidir. Bir soruşturmada belirli bir durumda soruşturmada ilerleme sağlanmasını önleyen engeller veya güçlükler bulunabilir; ancak halkın hukukun üstünlüğüne bağlılık duygusunu sürdürmek ve hukuka aykırı eylemlere karşı hoşgörü veya işbirliği görüntüsünü engellemek için yetkililerin derhal bir soruşturma başlatmaları çok önemli bir unsur olarak kabul edilmelidir.

Nihayet, işkence veya kötü muamele ile suçlanan kamu görevlilerinin hakkında disiplin soruşturması açılması da gerekmektedir. Mahkeme *Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri/Türkiye* kararında¹⁴¹, ciddi bir şekilde işkence yaptıkları iddiası ile yargılanan polisler hakkında idari disiplin soruşturması açılmamasını hayret verici olarak nitelendirmiştir¹⁴².

İşkence suçuna ilişkin önemli bir mesele hapis cezasının verilmiş olmasına rağmen, fiilen infazına gidilememiş olması halleridir. Ertelenme bu hallerden biri olup, işkence suçu bakımından uygulanıp

¹⁴¹ 24/07/2007 tarih, Başvuru no: 1902802.

¹⁴² DOĞRU/NALBANT, s. 183.

uygulanmayacağı önemli bir meseledir. Bilindiği gibi hapis cezasının ertelenmesi TCK m. 51/1 hükmünde " İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır" şeklinde düzenlenmiştir. İşkence suçu için verilecek cezanın alt sınırı üç yıldır. İşkence suçunu işleyen bir fail için bu alt sınırdan hapis cezasının verilmiş olması ve bu hapis cezasına bir takım indirim sebepleri uygulanarak iki yıla indirilmesi, suçun teşebbüs aşamasında kalması, suçun olası kastla işlenmesi veya işkence suçunu işleyen kamu görevlisinin 65 yaşını doldurmuş olması gibi durumlarda hapis cezasının ertelenmesi mümkün hale gelebilmektedir¹⁴³. Görüldüğü gibi işkence suçunun cezası için belirlenen alt sınırın az olması, bu suçta ertelemeyi mümkün hale getirmektedir. Ancak bu durum doğrudan 3. maddenin devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yapılmadığı sonucunu doğurur¹⁴⁴. Mahkeme *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye* kararında¹⁴⁵, polislere verilen cezanın infazının ertelenmesi konusundaki ceza hukuku sisteminin, mevcut olayda uygulandığı şekliyle sert olmaktan çok uzak olduğu ve başvuruçuların şikâyet ettikleri eylemler gibi hukuka aykırı eylemlerin etkili bir biçimde önlenmesinde caydırıcı bir etkiye sahip olmadığını beyan etmiştir.

İşkence suçu bakımından haksız tahrik hükümlerinin de uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira işkenceye sebep olacak fiil ne kadar ağır olursa olsun, tepki orantısız olduğundan, haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır¹⁴⁶. Örneğin bir ifade sırasında kamu görevlisine ağır hakaretlerde bulunulması halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi düşünülebilir ise de bunun işkence

¹⁴³ **BAKIM**, Sevi; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İstanbul 2008, s. 196.

¹⁴⁴ **ANAYURT**, s. 275.

¹⁴⁵ 08/04/2008 tarih, Başvuru No: 42942/02; (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>) (Erişim Tarihi: 17/12/2014); Benzer düşüncedeki bir karar için bkz. Atalay/Türkiye kararı, 18/09/2008 tarih, Başvuru No: 1249/03, (**ANAYURT**, s. 276).

¹⁴⁶ **HAKERİ**, Hakan; Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü (Editör: Prof. Dr. İlyas DOĞAN), Ankara 2009, s. 356.

suçunun işlenmesine sebep olmaması gerekir. Ağır hakaretler neticesinde atılacak bir kaç hafif nitelikli tokat ise zaten işkence suçunun kapsamına dâhil olmadığından (kanaatimizce yaralama kapsamındadır) haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Mahkeme *Atalay/Türkiye* kararında¹⁴⁷, kötü muameleden dolayı polis memurlarının mahkum edilmelerine rağmen infaz kanunu hükümlerine göre son derece düşük bir cezaya tabi tutulmaları....., üstelik suçun niteliği ile bağdaşmayacak tahrik hükümlerinden faydalandırılmasının işlenen suçla verilen ceza arasında önemli ölçüde orantısızlık oluşturduğuna vurgu yapmaktadır.

KAYNAKÇA

- ANAYURT**, Ömer; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü (Editör: Prof. Dr. İlyas DOĞAN), Ankara 2009.
- ARTUK**, Emin M./**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner A.; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2014.
- BAHADIR**, Oktay; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı, Ankara 2009.
- BAKIM**, Sevi; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İstanbul 2008.
- CENGİZ**, Serkan/**DEMİRAĞ**, Fahrettin/**ERGÜL**, Teoman/**McBRIDE**, Jeremy/**TEZCAN**, Durmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008.
- ÇAKMAK**, Seyfullah; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı, Adalet Dergisi, Sayı:19, Yıl:Mayıs-2004.

¹⁴⁷ Karar için bkz. 134 No'lu dipnot.

- ÇALIŞKAN**, Bilal; İnsan Hakları Soruşturmalarında Cumhuriyet Savcılarımızın Dikkat Edecekleri Hususlar ve Hak Arama Hakkı, Adalet Dergisi, Sayı:16, Yıl: Temmuz 2003.
- DOĞAN**, İlyas/**AKIL**, Abdülkadir; İstanbul Protokolü İlkeleri Işığında İşkencenin Soruşturulması, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ankara 2009.
- DEVECİ** Ali; Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı İhlallerinde Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD. Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2014.
- DUTERTRE**, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara 2007.
- EREN**, Abdurrahman; Ulusal İnsan Hakları Kurumları Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri, İstanbul 2012.
- GARLİCKİ**, Lech; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı, Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, İHUM, Ankara 2003.
- HAKERİ**, Hakan; Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü (Editör: Prof. Dr. İlyas DOĞAN), Ankara 2009.
- KOÇ**, Aysun/**ÜÇPINAR**, Hülya/**SAKALLI**, Nazan; İşkenceye Açık Kapılar-Mevzuat ve Uygulama Çerçevesinde Cezasızlık Olgusunun Değerlendirilmesi, İzmir 2009.
- METİN**, Yüksel; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt:7, Sayı: 27, Yıl: Güz 2010.
- ÖNOK**, Murat; Uluslararası Boyutlarıyla İşkence Suçu, Ankara 2006.

- ÖZBEK**, Özer Veli/**KANBUR**, Nihat Mehmet/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 4. Baskı, Buca 2012.
- ÖZEN**, Muharrem; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar, İnsan Hakları ve Adli Yargı, Ankara 2004.
- ÖZGENÇ**, İzzet/**ŞAHİN**, Cumhur; İşkence Suçu, GÜHFD, Sayı: 1-2, Yıl: 2000.
- ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM** Ruhan Mustafa; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005.
- ÖZTÜRK**, Bahri; Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları), İKÜHFD, Yıl: 2003 Aralık.
- TAHTALI**, Murat Buğra; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Türkiye'deki Yansımaları, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı: 4.
- TANRIKULU**, Sezgin; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Ankara 2012.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Ruhan Mustafa/**ÖNOK**, Murat R.; Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara 2014.
- THOMPSON**, Kate/**GİFFARD**, Camille; İnsan Hakları İhlali Olarak Öldürmenin Rapor Edilmesi (Çevirenler, Yahya BERMAN/Erdem AKTER), Diyarbakır 2006.

TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ PERSONEL KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN MECBURİ HİZMET SÜRESİ - ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI İLİŞKİSİ

Arş. Gör. Murat Buğra TAHTALI¹

ÖZET

Temel hak ve özgürlükler, geçmişten günümüze kadar sürekli gelişme göstermiş ve bunları kazanmak hiç de kolay olmamıştır. Önceleri sadece yaşam hakkının korunabilirliği sorgulanırken, hukuk geliştikçe temel hak ve özgürlüklerin uygulama alanı da genişlemiştir. Bunun bir sonucu olarak da, bir kişinin istemediği bir işte, ayrılması halinde ceza tehdidi ile karşı karşıya kalarak zorla çalıştırılmasının temel hak ve özgürlüklerle bağdaşmayacağı anlaşılmıştır. Sonrasında, hem uluslararası insan hakları belgelerinde hem de Anayasamızda bu konuda düzenlemelere gidilmiştir. Ancak ülkemizde devletin en önemli güvenlik gücü olan Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde görev alan subay ve astsubaylar için öngörülen zorunlu ve alternatifsiz 10 yıllık çalışma süresinin, bu mesleğe başlayan ancak çeşitli nedenlerden dolayı daha sonra mesleğe devam etmek istemeyen personel için zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirip değerlendirilemeyeceği üstünde ayrıca düşünülmesi gereken bir konudur. Araştırmalarımıza göre, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerekse Anayasa Mahkemesi önüne konunun bu boyutu ile ilgili bir dosya gelmemiştir. Ancak bu yargı yerlerinin zorla çalıştırma yasağına ilişkin diğer içtihatları göz önünde bulundurularak, bu çalışmada, Zorla Çalıştırma Yasağı, subay ve astsubaylar açısından ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zorla Çalıştırma Yasağı, Angarya, Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Silahlı Kuvvetleri.

¹ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

The Relationship Between Compulsory Service in Personel Code of Turkish Armed Forces and Prohibition of Forced to Run

ABSTRACT

Fundamental rights and freedoms, have been developing continuously since past to present and it has not easy to obtain these. While formerly, only protectionability of right of life has discussed, with the developing of law, application area of fundamental right and freedoms have become more expanded as well. As a result, it has understood that forced to run anybody in a job he / she does not like by threat of punishment is incompatible with the fundamental rights and freedoms. Than, there have been some arregements about this subjeckts both international legal documents and our constitution. However, it must also be considered whether the 10 years mandatory study time which is obligatory and non – alternatively and predicted for officers and NCOs' can be evaluated in prohibition of forced to run or not for the personal in Turkish Army Forces who started this job and don't want to keep on this career because of any of the reason. Acording to our researchs, there are any fail especialy about this subject both The European Court Of Human Rigths and Turkish Constitution Court. But, with considering the case law, which have connected to decision by these courts, in this study, prohibition of forced to run will be handled from the point of view the officers and petty officers.

Key Words: Prohibition of Forced To Run, Dogs, Constitution, The European Convantion Of Human Rights, The European Court Of Human Rigths, Turkish Armed Forces.

GİRİŞ

Zorla çalıştırma yasağı, ilk kez tam anlamıyla 29 Nolu ILO Sözleşmesi ile hayatımıza girmiş, burada zorla çalıştırma yasağının tanımı yapılmakla kalmamış; aynı zamanda istisnaları da sıralanmak sureti ile bu istisnalar dışında kalan hallerin, zorla çalıştırma olduğu böylece tespit edilmiştir. Bu sözleşmede zorla çalıştırmanın temelde dış bir faktörden

kaynaklanması gerektiği ve ceza tehdidinin etkisiyle kişinin istemediği bir işte çalışması olduğu ifade edilmiştir. Devlete getirilen bu yasak, daha sonra da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesinde ve nihayet 1982 Anayasasının 18. maddesinde yer almıştır.

926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 112. maddesinde de subay ve astsubayların, bu rütbeye naspedildikleri tarihten itibaren 10 yıl geçmedikçe istifa edemeyecekleri ve kanunda belirtilen istisnai haller hariç; her ne şekilde olursa olsun bu süre içinde Türk Silahlı Kuvvetleri ile ilişkisi kesilenlerin, öğrencilik dönemi de dâhil, kendisine yapılan harcamalar ve eksik kalan yılın bedelinin toplam hesabına göre belli bir miktar parayı ödemeleri zorunluluğu getirilmiştir.

İşte, acaba Türk Silahlı Kuvvetleri'ne kendi iradesi ile girmiş, subay veya astsubay naspedilmiş bir kişinin, belli bir süre geçtikten sonra bu mesleğin kendine uygun olmadığına karar vermesi halinde, kendisine yapılan masraflarla beraber ek diğer harcamaları geri ödemeyi göze alsa dahi; kanunda görülen mecburi hizmet süresi doluncaya dek istifa etme hakkının bulunmaması, bu kişinin zorla çalıştırılması anlamına gelebilecek midir? Bu problematiki inceleyen çalışmamız, iki bölümden oluşacaktır.

İlk bölümde zorla çalıştırma yasağı kavramının ne olduğu açıklanacak, kendisiyle yakın anlamda kullanılan ancak bazı ince farklılıklar taşıdığı diğer kavramlardan hangi yönleri ile farklı olduğu mahkeme kararları ve mevzuat yorumlarıyla açıklanmaya gayret edilecek; nihayet kronolojik bir sistematik takip edilerek, zorla çalıştırma yasağının tarihi olarak hangi aşamalardan geçerek bu günkü halini aldığı incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise; ilk kısımda ortaya koyduğumuz yasağa ilişkin koşulların, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu m. 112 bakımından geçerli olup olmadığı araştırılacaktır.

I. “ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI” KAVRAMI, BENZER KAVRAMLARDAN FARKLARI VE TARİHÇESİ

A) ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI KAVRAMI

Zorla çalıştırma yasağı, gerek Anayasamızda, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) yer almasına rağmen, her iki belgede de bu kavramın tanımına yer verilmemiş, bu konudaki tek tanımlama, başka bir uluslararası belgenin, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)² tarafından kabul edilen 29 No’lu sözleşmenin 2. maddesinde “*Herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetler*”³ şeklinde yapılmıştır. Buradaki “ve” ibaresi dolayısıyla; bir çalıştırma fiilinin zorla çalıştırma kapsamında değerlendirilebilmesi için; hem çalıştırılan kişinin bu işi bırakması halinde bir ceza tehdidiyle karşı karşıya kalması, hem de kişinin bu işi isteyerek yapmaması şartlarının her ikisinin de bir arada bulunması gerekmektedir.

ILO Sözleşmelerinin 2. maddesinde “Zorla Çalıştırma Yasağı” sadece tanımlanmakla kalmamış, aynı zamanda her iki şartı sağlamakla beraber hangi hallerin bu yasak kapsamında sayılamayacağı da ifade edilmiştir. Buna göre;

- *Mecburi askerlik hizmeti hakkındaki kanunlar gereğince mecbur tutulan ve sadece askeri bir mahiyet taşıyan işlere hasredilen bir çalışma veya hizmet;*
- *Bizzat kendi kendini yöneten bir memleketin vatandaşlarının olağan kamu hizmeti yükümlülüklerinin bir parçasını teşkil eden bir iş veya hizmet,*
- *Çalışma veya hizmetin bir kamu makamının nezaret ve kontrolü altında icra edilmesi ve söz konusu ferdin özel*

² Türkçeye “Uluslararası Çalışma Örgütü” olarak çevrilen bu kuruluşun orijinal adı “İnternationalLabourOrganization” şeklinde olup gerek ülkemizde gerekse dünyada bu kuruluşun kısaltması ILO olarak kabul edilmekte, uluslararası bir kuruluş olan bu örgütün üye devletlerle yaptığı sözleşmelere ise “ILO Sözleşmeleri” denmektedir. Çalışmamızda da, orijinal adına sadık kalınarak; ilgili bölümlerde bu sözleşmelerden bahsedilirken, ILO Sözleşmeleri deyimi kullanılacaktır.

³ Bu tanım için bkz.

http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_29.htm, E.T. 30.01.2014.

kişilerin, şirketlerin veya özel-tüzel kişilerin hizmetine bırakılmaması veya verilmemesi şartıyla, bir mahkemenin verdiği mahkumiyet kararının sonucu olarak yapmaya mecbur edildiği bir iş veya hizmet;

- *Olağanüstü hallerde, yani harp, felaketler veya yangın, su baskını, açlık, yer sarsıntıları, salgın hastalıklar ve şiddetli hayvan salgınları, hayvanların ve mahsule zarar veren böcek veya parazitlerin hastalık yaymaları durumunda ve genel olarak halkın bütününe veya bir kısmının normal yaşama şartlarını veya hayatını tehlikeye koyan tehlikeli veya zarar verici her türlü şartlarda yapılması mecburi bir iş veya hizmet;*
- *Küçük çaplı toplumsal hizmetler, yani toplum fertleri tarafından doğrudan doğruya toplum menfaatine yapılan işler,*

zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla 29 No'lu ILO Sözleşmesi ile getirilen bu istisnalar sonucunda, üstteki tanıma uysa bile bu istisnai hallerden birine giren uygulamalar, zorla çalıştırma yasağı kapsamı içinde değerlendirilemez.

Gerek “zorla çalıştırma yasağı” kavramının tanımını, gerekse hangi hallerin bu tanım kapsamı dışında kaldığını ifade eden bu düzenleme; kendinden sonra gelen düzenlemelere de ışık tutmuştur. Zira, burada sınırları çizilen tanımdan yola çıkılarak düzenlenen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS) ve T.C. Anayasası da her ne kadar zorla çalıştırma yasağının ne olduğuna yer vermese de, her iki belgede de nelerin zorla çalıştırma yasağı şeklinde değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak bu istisnaların kapsamı, her iki belgede de farklı şekillerde düzenlenmiştir. Buna göre AIHS m.4'te zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı sayılmayan haller dört grup içerisinde sıralanmıştır. Buna göre;

- 5. maddeye uygun olarak tutulu bulunan⁴ kişilerden, tutulu bulunduğu veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenen iş,
- Askeri nitelikli hizmet veya vicdani reddi seçenler için başkaca bir hizmet,
- Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet ve
- Olağan yurttaşlık yükümlülükleri;

AIHS m. 4 kapsamında zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilemeyecektir⁵.

Nihayet, Anayasamızın 18. maddesinde de “Zorla Çalıştırma Yasağı” düzenlenmiş, burada da yasağın kapsamı belirlenirken, istisnalara yer verilmiştir. Buna göre,

- Hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar,
- Olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler ve
- Ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları,

Anayasamıza göre “zorla çalıştırma yasağı” olarak değerlendirilemeyecektir⁶.

⁴ Bu madde kapsamında, “tutulu bulunmak” deyiminden; bir koruma tedbiri olan tutukluluk anlaşılabileceği gibi, mahkûmiyet sonrası tutulma, bir küçüğün veya bulaşıcı hastalığı olanların tutulmasının da anlaşılabileceği ifade edilmektedir. İfadenin yorumu için bkz. DOĞAN, İlyas / ÖZDEMİR, Omca, “Kölelik ve Kulluk Yasağı”, *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, Astana Yayınları, Ankara, 2013, s. 400.

⁵ DOĞAN / ÖZDEMİR, s. 399.

⁶ Zorla Çalıştırma Yasağı, 1961 Anayasası’nda 42. maddede “Sosyal haklar ve Ödevler” bölümünde “Çalışma Hakkı ve Ödevi” başlığı altında yer almış, yani 1982 Anayasasındaki gibi ayrı bir madde içinde düzenlenmemiştir. Yine, 1982 Anayasasında 18. maddede istisnalar, yani hangi durumların, zorla çalıştırma yasağı kapsamında sayılmayacağı tahdidi olarak ifade edilmekle beraber, 1961 Anayasasında ise “memleket ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda, vatandaşlık ödevi niteliğinde olan beden veya fikir çalışmalarının şekil ve şartları demokratik esaslara uygun olarak kanunla düzenlenir.” ifadesine yer verilmiştir. Konuyla ilgili karşılaştırmalı bilgi için bkz. KUZU, Burhan, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul, 1990, s. 252 – 253.

Bu üç belgede getirilen istisnaları incelediğimizde, hepsinin de aynı durumları zorla çalıştırma yasağı kapsamı dışında tuttuğu görülmektedir. Bu kuruma ilişkin tanımlamanın da sadece 29 No' lu ILO Sözleşmesi'nde yer aldığı göz önünde bulundurulacak olursa; “Zorla Çalıştırma” kavramı; *“Uluslararası sözleşmelerdeki ve Anayasamızdaki bazı istisnalar saklı kalmak koşuluyla bir kişinin, çalışmak istemediği bir işi bırakması halinde ceza tehdidi altında bulunması nedeniyle çalışmaya devam etmek zorunda bırakılması”* şeklinde tanımlanabilir.

B) ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN FARKLARI

1. Genel Olarak

Zorla çalıştırma yasağı kavramının ne olduğu, bir üst başlıkta ifade edilmeye çalışılmıştır. Ancak gerek AİHS, gerekse Anayasamızda zorla çalıştırma yasağı başka kavramlarla beraber kullanılmakta, bu da uygulamada karışıklıklara neden olup, bu kavramların zorla çalıştırma yasağından farkının ne olduğunun ortaya çıkartılmasını zorunlu hale getirmektedir.

Gerçekten de zorla çalıştırma yasağı kurumuna AİHS m.4'te yer verilmiş ve madde başlığı “Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı” şeklinde düzenlenmiştir. Ancak madde metni içerisinde ayrıca “kulluk yasağı” kavramından da bahsedilmiştir. Dolayısıyla öncelikle “kulluk yasağı” ve “kölelik yasağı” ayrımının ne olduğunu, daha sonra bu kavramların, hangi unsurlar bakımından “zorla çalıştırma yasağı” kavramından ayrıştığını tespit etmek gerekmektedir.

Yine, sözleşmede ikinci fıkrada “kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.” ifadesine yer verilmekte, bu cümlemin lafzından aradaki veya bağlacı dolayısıyla zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma kavramlarının, birbirinden ayrı kavramlar olduğunu düşündürmektedir. Dolayısıyla bu kavramlar arasındaki farkların da ortaya çıkarılması gerekmektedir.

Benzer şekilde, Anayasamızda da bu kavram; 18. maddede, “*zorla çalışma yasağı*” başlığı ile ele alınmış ise de, madde metni içinde bu kurumdan başka “angarya” yasağından da bahsedilmektedir. Dolayısıyla zorla çalışma yasağının ne olduğunu anlamak için, angaryanın da ne olduğunun öncelikle belirtilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Gerek kulluk ve kölelik yasağı, gerekse angarya yasağı kavramları; zorla çalışma yasağından farklı olarak, herhangi bir mevzuatta tanımı yapılmamış kavramlardır. Dolayısıyla bu kavramların birbirleri ile aralarındaki farklar ile her birinin zorla çalışma yasağından farklılıklarının anlaşılabilmesi, ancak ilgili mahkeme içtihatlarının incelenmesi ile mümkün olacaktır.

2. “Kölelik Yasağı” ve “Kulluk Yasağı” Kavramları

(a) Kölelik ve Kulluk Yasağının Maddede Düzenleniş Biçimi

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirtildiği gibi, AİHS m.4, dört farklı yasağı içermektedir. Bunlar; madde başlığında yer almayan “kulluk yasağı” ile madde başlığında yer verilen “kölelik yasağı” ve “zorla çalışma yasağı”dır. Ancak, birbirinden ayrı kavramlar olmalarına rağmen, *kölelik yasağı* ve *kulluk yasağı* hangi hal ve şartta olursa olsun yasaklanmış iken, zorla çalışma yasağına bazı istisnalar getirilmiştir. Dolayısıyla, zorla çalışma yasağından farklı olarak; kulluk ve kölelik yasağı kişilerde mutlak bir nitelik taşımakta olup, sözleşmenin 15. Maddesindeki hallerde dahi dokunulamayacak haklardandır⁷.

(b) Kölelik Yasağı

Çalışmamızda daha önce de belirtildiği üzere, Kölelik Yasağı, AİHS. m.4’te, “Zorla Çalıştırma Yasağı” ile aynı başlıkta düzenlenmiştir. Maddenin düzenlemesine bakıldığında, zorla çalışma yasağının, ikinci ve sonraki fıkralarda düzenlendiği; ilk fıkrada da “Hiç kimse köle veya kul durumunda tutulamaz” denerek bu iki ifadeye yer verildiği görülmektedir. Ancak yine daha önce belirtildiği üzere, bu kavramların

⁷ ANAYURT, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 100.

tanımlamalarına yönelik herhangi bir ifadeye ise rastlanılmamaktadır. Ancak, kölelik ile ilgili tanım; sözleşmenin düzenlenmesinden çok daha önceki bir tarihte, 1927 yılında yürürlüğe giren Kölelik Sözleşmesi'nde yapılmış⁸ ve kölelik kavramı bu sözleşmenin 2. maddesinde; “*Bir kişi üzerinde, kişinin durumu veya şartları nedeniyle, bir başka kişinin, mülkiyet hakkının verdiği hakların tamamını veya bir kısmını uygulaması*” şeklinde tanımlanmıştır⁹.

Bunun dışında, doktrinde köleliğin özellikleri şu şekilde belirlenmiştir:

- “*Köle, başka bir insan tarafından kontrol edilmektedir.*
- *Sahip, kölenin iş gücüne el koymaktadır.*
- *Kölenin faaliyetleri, şiddet kullanımı veya tehdidi ile kontrol edilmektedir.*”¹⁰

Bu özelliklerinden yola çıkarak, kölelik; “*şiddet kullanımı veya bu yöndeki bir tehdit ile, bir kişinin iş gücüne el konarak; bu kişinin faaliyetlerinin başka bir kişi tarafından kontrol edilmesi*” şeklinde tanımlanabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, her ne kadar sözleşmede 4. maddede köleliğin tanımı yapılmamış olsa da, kararlarında bu tanımdan yola çıkarak, kölelik ile ilgili kriterleri şimdilik sadece bir adet somut dava üzerinden geliştirmiştir.

Mahkemenin 2005 yılında verdiği Siliadin / Fransa¹¹ kararında, başvuru 15,5 yaşındayken Fransa'ya geçici süreliğine gelen ancak daha

⁸ Bu Sözleşme, II. Dünya Savaşı sonrasında kurulan Birleşmiş Milletler sistemine uyumlu hale getirilmek üzere, 1953 yılında, “Kölelik Sözleşmesini Değiştiren Protokol” ile son halini almıştır. Bilgi için bkz. ŞAHİN, Sultan / POLAT, Oğuz, “İnsan Ticareti ve Fuhuşun Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 5, S. 16, s. 58.

⁹ DOĞAN / ÖZDEMİR, s. 393, 394.

¹⁰ *ibid.*, s. 395.

¹¹ AİHM Kararı, BN. 73316/01, KT. 26.07.2005. Kararın tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>, ET. 31.03.2014.

sonradan oturma izni bitmesine rağmen geri gönderilmeyen bir kız çocuğudur. Başvurucu, göçmen statüsüne sokulmak için gerekli işlemlerin yapılması karşılığında sürekli olarak ve ücretsiz bir şekilde çalışır hale gelmiş, pasaportu da kendisinden alınmış, daha sonra yanında kaldığı kişinin yakın bir arkadaşı olan başka bir şahsa geçici süreliğine gönderilmiş, nihayet; başvurucu, burada da sürekli hizmetçi olarak kalmaya başlamıştır. Daha sonra başvurucunun olayı yakın bir komşusuna anlatması sonucunda konu ilgili makamlara aksettirilmiş, başvurucunun yanlarında fiili olarak çalıştıkları kişiler hakkında kamu davası açılmış, bu kişilere verilen cezalar paraya çevrilmiş, ayrıca açılan tazminat davasından da belli bir miktar para almış, ancak başvurucu, kendisinin ev içi kölesi olarak çalıştırılmasına yeterince etkin engel olunmadığı iddiası ile Fransa aleyhine AİHM.'ne başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, her ne kadar başvurucunun özel durumundan haksız yere faydalanılmak suretiyle 4. maddenin ihlal edildiğine karar verse de, özellikle başvurucunun yanında kaldığı kişilerin, onun üzerinde bir mülkiyet hakkı kurduklarına dair delillerin var olmamasından dolayı, iddiaların tek başına başvurucunun köle olarak çalıştırıldığı anlamına gelmediğine kanaat getirmiştir. Ancak mahkeme, bu kararda hangi fiillerin kölelik kapsamında sayılacağı konusunda yeterince ayrıntılı bir değerlendirmede bulunmamıştır. Sadece, bu karardan yola çıkarak şu söylenebilir: Mahkemenin bir fiili kölelik yasağını ihlal eden bir davranış olarak görebilmesi için en önemli kriter, kişi üstünde mülkiyet hakkının içerdiği yetkilerin tamamının veya bir kısmının kullanılıp kullanılmadığı, başka bir deyişle, kişinin bir mal haline indirgenip indirgenmediğinin tespiti.

(c) Kulluk Yasağı

Hem zorla çalıştırma yasağından hem de kölelik yasağından farklı olarak, kulluk yasağı, herhangi bir sözleşmede veya başka bir mevzuat içerisinde tanımlanmamış bir kavramdır. Dolayısıyla bu kavramın ne anlama geldiği, ancak AİHM.'nin kararlarından anlaşılabilecektir. Bu bahisle, kulluk yasağının tartışıldığı mahkeme kararları kronolojik olarak incelenmiş ve şu tespitlerde bulunulmuştur:

Mahkemenin, kulluk yasağının kriterlerini belirlediği ilk karar 1982 yılında vermiş olduğu VAN DROOGENBROECK / BELÇİKA kararıdır¹². Suç işlemeyi alışkanlık haline getirmiş olan başvuru, kamu gözetiminde tutulduğundan dolayı, idarenin kaprislerine tabi kaldığını; bunun da “kulluk” olarak değerlendirilmesi gerektiğini, dolayısıyla da sözleşmeye aykırı olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, kişinin bu iddiasını reddederken, *ancak özgürlüğün çok ağır bir suretle ihlal edilmesi halinde bunun kulluk olarak kabul edilebileceğini*, olayda da böyle bir durumun söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla mahkemenin kulluk ile ilgili vermiş olduğu ilk kararda değerlendirme kriteri, özgürlüğün ağır ihlali olarak belirlenmiştir.

Mahkeme kulluk yasağını daha sonra, kölelik konusuna değinirken incelediğimiz Siliadin / Fransa kararında daha ayrıntılı olarak ele almış, burada kulluk kavramının tanımını ve özelliklerini ilk kez derinlemesine irdelemiştir. Mahkemeye göre kulluk, *bir kimsenin başkasına hizmet sunma yükümlülüğü olarak değerlendirilir ve kölelik ile bağlantılıdır*. Mahkeme değerlendirmesine göre, kulluğu kölelikten ayıran unsurlar, kullukta; *ancak kişinin bu hizmeti iradesi ile yapmaması, buna mecbur hissetmesi ve bu mecburiyetin sona ereceğine dair herhangi bir umudun olmaması, nihayet bu mecburiyet ve umutsuzluk hissini uzun bir süreden beridir devam ediyor olması şartlarını taşımasıdır*.

Dolayısıyla kanımızca; gerek kölelik, gerek kullukta; karşıdakine hizmet etme yükümlülüğünün hizmet edende bulunması durumu söz konusu iken, aradaki fark hizmet edeni bu yükümlülük düşüncesine iten nedenlerden kaynaklanmaktadır. Kölelikte bu hizmet yükümlülüğü bir şiddet veya şiddet tehdidinden kaynaklanıyorken, kullukta kişiyi hizmet yükümlüsü olduğuna inandıran neden, şiddet değil umutsuzluktur ve uzun zamandan beridir var olan bu umutsuzluk, çözülecek gibi de

¹² AİHM Kararı, BN. 7906/77, KT. 24.06.1982. Kararın tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=53>, ET. 31.03.2014.

görünmediğinden kişi mecburen kendini var olan durumda hizmet etmeye yükümlü hissetmektedir.

Mahkeme kararlarına bakarak bu şekilde ayrıma tabi tutabildiğimiz kulluk – kölelik ayrımı, doktrinde farklı şekilde; muamelenin kişide yarattığı etki değil de, kişinin hukuki niteliğine göre de değerlendirilmiştir. Buna göre *kölelikte*, birey her türlü haktan yoksun bir biçimde “mal” veya “meta” olarak görülüp, eşya gibi alınıp satılırken, *kulluk*, bireyin bir borç karşılığında ya da toprak mülkiyetine bağlı olarak, süresiz ve kendisinin son veremeyeceği bir bağ altında hizmet vermesi olarak tanımlanmaktadır¹³.

Birbiri ile çok yakın anlamlara gelen bu üç kavramdan ikisinin arasındaki fark da böylece açıklanmaya çalışılmıştır. Zorla çalıştırma yasağının kulluk veya kölelikten farkı ise, kişinin kendinin zorla çalışması gerektiğine yönelik olarak ortaya çıkan düşüncesinin, uzun zamandır ortada olan umutsuzluktan ziyade parasal veya hürriyeti bağlayıcı ceza gibi, fiziksel şiddetten farklı bir yaptırımla karşı karşıya kalma tehdidinden kaynaklanmasıdır.

3. Zorunlu Çalışma Yasağı Kavramı

AIHS. m.4'te ikinci fıkrada düzenlenen normda, “*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.*” ifadesine yer verilmiştir. Cümlelerin lafzından yola çıktığımızda, “zorunlu çalışma” kavramının, madde başlığında geçen zorla çalıştırma yasağından farklı bir anlama geldiğini düşündürmektedir. Her ne kadar, aynı maddenin 3. fıkrasında istisnalar sayılırken “Aşağıdaki haller “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışmadan sayılmazlar” demek suretiyle bu kavramların birbirinden çok da derin boyutta anlamsal farklılıklarının olmadığı ve fakat ince bir nüansın bulunduğu anlaşılmaktadır.

Mahkemenin de paralel bir düşünceye sahip olduğu, verdiği kararlar ile sabittir. Nitekim AIHM.’nin 1983 yılında vermiş olduğu Van Der Mussele / Belçika kararında bu iki kavramın aynı anlamı ihtiva

¹³ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 215.

etmediği açıklanmış, zorla çalıştırma ile, *bir kimsenin ceza tehdidi altında yapılması istenen ve kişinin, kendi iradesine rağmen yerine getirdiği, başka bir deyişle kendi iradesiyle yapmadığı çalışmanın* kastedildiği ifade edilmiştir¹⁴. Ancak mahkeme, Iversen / Norveç kararında zorunlu çalıştırma hususunu değerlendirmiş, bir çalışmanın “zorunlu çalışma” olarak değerlendirilebilmesi için, bu işin kişinin kendi iradesine rağmen gördürülmesinin yanında; adaletsiz yahut çok zahmetli, gereksiz şekilde ağır veya onur kırıcı olması gerektiğine karar vermiştir¹⁵.

Dolayısıyla mahkemenin yorumundan da yola çıkıldığında, belirtildiği üzere arada çok ciddi bir ayrımın olmadığını ancak *zorunlu çalışmanın* cezai tehdit yanında kişide ek külfetler meydana getirecek derecede ağır bazı şartları da içeren bir kavram olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak mahkemenin önümüzdeki dönemlerde vereceği kararlarda bu ayrıma daha fazla dikkat çekilmesi ve teorik olarak birbiri ile aynı fıkrada kullanılarak “veya” bağlacı ile ayrı anlamlar ifade ettiği belirtilen bu iki kavramın arasındaki farkları ortaya koyması beklenmektedir.

4. “Angarya Yasağı” Kavramı

(a) Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği üzere, zorla çalıştırma yasağı, AİHS’nde kölelik kavramı ile beraber kullanılmış, maddenin iç metninde de ayrıca kulluk yasağından bahsedilmiştir. AİHS ile Anayasamızın birbirlerine uyumlaştırılması gayesi ile zorla çalıştırma yasağı, 1982 Anayasasının 18. maddesinde “Angarya Yasağı” ile birlikte yer almış¹⁶ ancak madde metninde “*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.*” demek

¹⁴ AİHM Kararı, BN. 8919 / 80, KT. 23.11.1983. Kararın tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=74>, ET. 08.04.2014.

¹⁵ Kararın orijinal veya çevri metnine tüm taramalara rağmen ulaşamamış olup, bu kararlar ilgili bilgilendirme için bkz. GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, *AİHS ve Uygulaması*, s. 217.

¹⁶ Angarya yasağı, 1961 Anayasasında 42. maddede Angarya yasağına yer verilmiş ancak burada bir tanıma yer verilmemekle beraber, zorla çalıştırma yasağı da bu metinde yer almamıştır.

suretiyle sadece zorla çalıştırmanın ve angaryanın yasak olduğu hükümlerine yer verilmiş, angarya yasağının tanımına ayrıca bir yer verilmeyerek AİHS’ ndeki düzenlemeye paralel olarak, sadece hangi hallerin zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Dolayısıyla “Angarya Yasağı” kavramının ne olduğunun anlaşılması ve bu kavramın zorla çalıştırma yasağından farkının ortaya konması, kavramsal kargaşanın ortadan kaldırılmasını sağlayacaktır.

(b) Angarya Yasağının Anlamı ve Zorla Çalıştırma Yasağından Farkı

Daha önceden belirtildiği üzere, Angarya yasağı, AİHS kapsamında yer almış bir kavram olmadığından ve sadece Anayasamızda düzenlendiğinden, nihayet Anayasamızda bunun ne anlama geldiğine dair herhangi bir tanım da söz konusu olmadığından, angarya yasağı kavramının mahiyetini ve zorla çalıştırma yasağından farkını öğrenebileceğimiz kaynaklar, Anayasa Mahkemesi kararları, doktrinde bu konudaki yapılan çalışmalar ve tabii ki, Anayasanın gerekçesidir.

Gerçekten de Anayasa metninde angarya yasağının ne olduğu konusunda bir tanımlamaya yer verilmemiş olsa da, Anayasanın 18. maddesinin gerekçesinde, angaryanın tanımı şu sözlerle yapılmıştır: “*Angarya, kişinin; emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılmasıdır.*”¹⁷ Ancak, bu tanımlama, nedense madde metninin kendisine yansımamıştır.

Gerekçede de ifade edildiği üzere, angarya kavramı da aslında bir nevi zorla çalıştırmadır ancak kavramsal olarak zorla çalıştırmadan farkı, iradeye bağlı olmayan bu çalışma sonucunda emeğinin karşılığını dahi ücret olarak alamamaktır. Başka bir deyişle, her iki kavram da kişinin kendi rızası ve isteği olmadan çalışmaya mecbur kılınması anlamı taşımakla beraber, zorla çalıştırmada bir ücret ödenmesi söz konusu iken,

¹⁷ ÖZER, Attila, Gerekçeli ve 1961 Anayasası İle Mukayeseli 1982 Anayasası, Lazer Ofset, Ankara, 1996, s. 92.

angarya durumunda emek karşılıksız kalır¹⁸. Anayasanın 18. maddesinde zorla çalıştırma yasağına bazı istisnalar getirilmesine, başka bir ifade ile bazı hallerin zorla çalıştırma olarak kabul edilmemesine karşın, angarya yasağına ilişkin hiçbir istisnaya yer verilmemesinin nedeninin de, karşılığı verilmeden bir külfete tabi tutulmanın, Anayasa koyucu tarafından kesin bir şekilde yasaklanması olduğu ifade edilmiştir¹⁹.

Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde önüne gelen bir davada, bu kavramsal ayrıma dikkat çekmiş ve o dönem 42. maddede düzenlenen “*Angarya Yasaktır*” şeklindeki kesin hükümden hemen sonra, *zaruri durumlarda memleket ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliği alan beden ve fikir çalışmalarının şekil ve şartlarının, demokratik esaslara uygun olarak kanunla düzenleneceğinin belirtilmesini* zorla çalıştırma yasağı ile angaryanın aynı anlamlara gelmeyeceği görüşünü desteklediğini savunmuştur²⁰.

Yine Anayasa Mahkemesi, aynı dönemde yürürlükte bulunan 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 38. maddesinde işçiye fazladan çalıştığı dönemde ilk bir saatin ücretinin verilmeyeceği hükmünü angarya kabul ederek bu yasa maddesinin Anayasaya aykırı olduğundan bahisle İPTALİNE karar vermiştir²¹. Kanımızca, bu kararda Anayasa Mahkemesi, bir saat için dahi olsa işçiye emeğinin karşılığının verilmemesini hukuka aykırı bularak, Anayasada angaryanın hangi hal ve şart altında olursa olsun kesinlikle yasak olduğu ve fakat zorla çalıştırmanın belli durumlarda Anayasaya aykırı olmayacağı noktasındaki tavrını kesin bir şekilde ortaya koyduğunu göstermektedir.

¹⁸ TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 2013, s. 167. Aynı yöndeki görüş için bkz. DEMİR, Fevzi, *Anayasa Hukuku*, İzmir, 2012, s. 367.

¹⁹ ibid., s. 168, 169.

²⁰ ANAYASA MAHKEMESİ, E. 1963 / 358, K. 1964 / 17, KT. 06.03.1964. Kararın tam metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/53447c92-17eb-4e18-9ebd-ed453fa08d20?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 04.04.2014.

²¹ ANAYASA MAHKEMESİ, E. 1963 / 172, K. 1963 / 224, KT. 21.10.1963. Kararın tam metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c81c3917-694e-4f31-9968-b4c637705c26?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 04.04.2014.

1982 Anayasası döneminde, angarya yasağı “Zorla Çalıştırma Yasağı” başlıklı 18. maddenin içinde yer almış, yapılan araştırmalara göre, bu Anayasa döneminde angarya yasağının tanımına, Anayasa Mahkemesi’nin sadece 2013 yılında verdiği bir kararda²² yer verilmiştir. Bir soyut norm denetimi olarak mahkemenin incelediği bu davada Anayasa Mahkemesi, angaryayı, “*bir maldan ya da bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma*” şeklinde tanımlanmıştır.

12.09.2010 tarihinde gerçekleştirilen referandum sonrasında Anayasamızın Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesinde çeşitli değişikliklere gidilmiş, bu kapsamda maddeye eklenen fıkra ile Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı getirilmiştir²³. İşte bu düzenlemeden sonra Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun önü açılmış mahkeme de 2013 yılında önüne gelen bir davada²⁴, 1982 Anayasası döneminde “Angarya Yasağı” konusunu ilk kez bir bireysel başvuru yoluyla masaya yatırmıştır.

Davaya konu olayda, Avukat olan başvuru, Yıldız Teknik Üniversitesi Bütçe Dairesinin 2003 yılı hesabının yargılanması sırasında Sayıştay 5. Dairesince 25.12.2007 tarihinde yapılan yargılamada 1021 sayılı ilamla başvuruçunun müvekkili O. S. hakkında sebep olunan kamu zararının kendisine ödettilmesi (tazmin edilmesi) kararı verilmesi sonrası kanun yollarına başvurmuş ve nihayet yapılan yargılama sonunda Sayıştay Temyiz Kurulu, 5. dairesinin aldığı ilk kararın hukuka aykırı olduğuna karar vermiş; ancak bozma kararında herhangi bir vekâlet ücretine hükmetmemiştir. Başvuruçucu da, *hükümünün bozularak müvekkili lehine karar verilmesine rağmen kendisi lehine vekâlet ücreti ödenmesine karar*

²² ANAYASA MAHKEMESİ, E. 2011 / 150, K. 2013 / 30, KT. 14.02.2013. Kararın tam metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb9ea62a-3e48-4c9f-8738-95ef53e3daf5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 14.12.2014.

²³ AY. m. 148/3: “(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”

²⁴ ANAYASA MAHKEMESİ, 2. BÖLÜM, BN. 2012 / 615, KT. 21.11.2013. Kararın tam metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/baceaf71-f4ee-4482-9da6-13018a0c13f6?wordsOnly=False>, ET. 16.12.2014.

verilmemesi nedeniyle Anayasa'da yer alan Angarya yasağının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, yaptığı değerlendirmede fiilin Angarya içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin değerlendirmede bulunurken, üstte anılan 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında yaptığı tanıma atıfta bulunmuş ve bir fiilin Angarya yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için, bir maldan ya da bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma olmasının zorunlu olduğunu ve yapılan çalışma vekâlet sözleşmesi gereği ifa edildiğinden zorla çalıştırma yasağı yönünden bir müdahalenin bulunmadığı açık olduğundan bu durumun Angarya kapsamında sayılamayacağına karar vermiştir.

Her iki kararda da somut olayın Angarya yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmış ise de, 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin gerek somut / soyut norm denetimi yoluyla gerekse bireysel başvuru yoluyla önüne gelen davalarda, Anayasamızın 18. maddesinde iç içe yer alan bu iki kavramın birbirinden farkı ile ilgili açık bir tartışmaya yer verdiği bir karara rastlanılamamıştır.

Ancak 1961 Anayasası döneminde verilen bu kararlar, bu kavramlar arasındaki temel farklılık ve zorla çalıştırma yasağına göre angaryanın her hal ve şart altında hukuka aykırı olacağına ilişkin ilkeyi kanımızca yeteri kadar ortaya koymaktadır.

Tüm bu açıklamalardan sonra, zorla çalıştırma yasağının; kulluk yasağı, kölelik yasağı ve angarya yasağı ile bağlantılı olduğu ve yakın anlamlar taşıdığı söylenebilir, bu kavramlardan farklı olduğu, kendine özgü özellikler taşıdığı, kulluk ve kölelik yasağı gibi çalışma zorunluluğu düşüncesinin başkasından değil de bizzat kendisinden kaynaklanması ve fiziksel şiddet dışında - örneğin hürriyeti bağlayıcı ceza gibi - bir yaptırıma tabi tutulma korkusuyla çalışma zorunluluğundan kaynaklandığı söylenebilir. Yine angaryadan farklı olarak zorunlu çalıştırma yasağında kişi emeğinin karşılığını alsa bile, psikolojik nedenler dolayısıyla bunun devamlılığı kişiye eza vermekte ve bazı durumlarda bu yasağa istisnalar getirilebilmektedir.

Zorla çalıştırma yasağı, bu açıklamalar çerçevesinde kavramsal temellere oturtulmaya çalışılmıştır. Ancak zorla çalıştırma yasağının tam olarak anlaşılabilmesi için, tarihsel süreçte de ne aşamalardan geçtiğini kronolojik olarak incelemenin, çalışmamızın verimliliği açısından daha da faydalı olacağı kanaatindeyiz.

C) ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞININ TARİHÇESİ

Zorla çalıştırma yasağının bilinen insan hakları belgeleri içinde ilk zikredilişi, 1215 yılında imzalanan kişi hürriyetinin sınırlarını genişleten ilk adım olarak kabul edilen²⁵ Magna Carta Libertatum²⁶, a rastlamaktadır. Her ne kadar bu bildirinin, İngiliz soyluları ile İngiliz Krallığı arasında, kralın yetkilerini sınırlandırmak ve soyluların haklarını korumak amacıyla imzalanan bir sözleşme olduğu söylenmekte²⁷ ise de, sözleşmenin 16. maddesinde yer alan “*Hiç kimse, asilzadelerin ücreti için ya da diğer herhangi bir kiralık arazi için gerekli olandan daha fazla hizmet vermeye zorlanamaz.*”²⁸ ifadesi, zorla çalıştırma yasağının temellerinin kanımızca bu tarihte atıldığını göstermektedir.

Sonrasında Avrupa’da ortaya çıkan aydınlanma akımı ve buna bağlı olarak gelişen Rönesans ve reform hareketlerinin ortaya çıkardığı özgürlük akımı²⁹, Avrupa’dan Amerika kıtasına sıçramıştır. Dolayısıyla gerek 1776 yılında imzalanan Virginia İnsan Hakları Bildirisi³⁰, gerekse bu bildiri temelinde ortaya çıkan Amerika Birleşik Devletleri (ABD)

²⁵ KALABALIK, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.51.

²⁶ Magna Carta Özgürlük Bildirisi olarak Türkçe’ mize çevrilmiş olup tüm insan hakları kitaplarında bu çeviri kullanılmaktadır.

²⁷ GÖREN, Zafer, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 8; ÇAĞAN, Nami, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 13. Makalenin tamamı için bkz. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1980-37-01-04/AUHF-1980-37-01-04-Cagan.pdf>, ET. 04.04.2014

²⁸ Bu hüküm ve Magna Carta Özgürlük Bildirisi’ nde yer alan diğer normlar için bkz. http://tr.wikisource.org/wiki/Magna_Carta_Libertatum, ET. 04.04.2014.

²⁹ Bu süreci, düşünürler ile sistematik olarak incelemek için bkz. MUMCU, Ahmet, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Savaş Yayınları, Ankara, 1992, s. 43 – 50.

³⁰ Bildiri maddelerinin Türkçeye çevrilmiş halleri ve daha fazla bilgi için bkz. <http://www.dusuncetarihi.com/makale/virginia-insan-haklari-bildirisi-1776>, ET. 05.04.2014.

Anayasası³¹ insan hak ve özgürlükleri konusunda büyük gelişmeler sağlamış ise de bu iki temel insan hakları belgesinde zorla çalıştırma yasağına ilişkin herhangi bir ibareye rastlanmamıştır.

Temel hak ve özgürlüklerin yazılı bir Anayasa ile pozitif hukuka girmesi, tarihi süreçte, Anayasa yapım sürecinde yukarıda da bahsedildiği üzere en başından itibaren fıkirsal etkiye sahip olan Fransa'da halk ayaklanmasına neden olmuş ve bu halk ayaklanması Fransız İhtilali ile sonuçlanmıştır. Bu ihtilal ile beraber, ABD. Anayasası ile temelleri atılan insan hakları ve özgürlükleri artık Avrupa'da da büyük harflerle konuşulmaya başlanmış ve kapsamının genişletilmesi sağlanmıştır³². Yapılan ihtilal sonucunda Fransa'da 27 Ağustos 1789 tarihinde, “Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi” adı verilen ve o ana kadar insan hakları ile ilgili savunulan fikirlerin kapsamını daha da genişleten ve daha sonraki yüzyıllarda çıkarılacak temel insan hakları belgelerine esin kaynağı olan belge imzalanmıştır³³.

Bu bildiride de, doğrudan doğruya zorla çalıştırma yasağından bahsedilmemiş ise de, bildiride yer alan iki maddenin, konumuz açısından tarihi sürece kaynaklık ettiği düşünülmektedir. Buna göre, bildirinin 2. maddesinde “*Her bir politik birleşmenin amacı; doğal ve dokunulamaz insan haklarını korumaktır. Bunlar; özgürlük hakkı, mülkiyet hakkı, güvenlik hakkı ve baskıya karşı direnme hakkıdır.*” ifadesine yer verilerek, özgürlük ve baskıya karşı direnme hakkı; dokunulmaz birer temel hak olarak ifade edilmiştir. Bildirinin 5. maddesinde ise, “*Yasaların yasaklamadığı hiçbir şey engellenemez ve kimse yasanın emretmediği bir şeyi yapmaya da zorlanamaz.*” ifadelerine yer verilmiştir³⁴. Bu iki hüküm

³¹ ABD Anayasası hakkında genel bilgi ve Anayasanın maddelerinin Türkçeye çevrilmiş hali için bkz. <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, ET. 05.04.2014.

³² MUMCU, s. 67.

³³ *ibid.*, s. 67.

³⁴ Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde bulunan bu hükümler ve diğer hükümler için bkz.

birlikte değerlendirildiğinde, bir yasa hükmü olmaksızın bir kişinin zorla çalıştırılması halinde; bu tavır bir baskı niteliğinde olacağından ve kişinin çalışmama özgürlüğüne yasal nedenler olmaksızın müdahalede bulunulduğundan, o kişinin çalışmaya zorlanamayacağı ve zorlandığı takdirde de direnmeye hakkı olduğu hususunun ilk kez Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile dolaylı da olsa güvenceye kavuşturulduğu söylenebilir.

XX. yy. dönemini incelediğimizde ise, hem insan haklarının ve özgürlüklerinin hem de uluslararası hukuk kavramlarının kanımızca anlamsızlaştığı bir dönem karşımıza çıkmaktadır. Zira, bu dönemde, biri liberalizmin getirdiği sanayileşmenin ve emperyalizmin etkisi ile biri de özgürlükleri tekrar kazanmak gayesi ile olmak üzere iki çok uluslu savaş yaşanmıştır.

Özellikle de bu iki savaş arasında ortaya çıkan ve insan hakları kavramını tamamen rafa kaldıran faşizm³⁵ ve komünizm³⁶ rejimleri ve sonrasında patlak veren II. Dünya savaşı sırasında insan haklarının sadece bir kavramdan ibaret olduğunu anımsatan uygulamalar, savaşlardan

http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsan_ve_Yurtta%C5%9F_Haklar%C4%B1_Bildiri_si, ET. 05.04.2014.

³⁵ Dar ve geniş anlamda olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda faşizm; bireysel, siyasal ve sosyal özgürlükleri ve insan haklarını, devlet adına yurttaşlardan esirgeyen, genelde aşırı milliyetçi çizgiye dayanarak demokrasiyi inkar eden bir rejim olup Almanya'da Hitler tarafından uygulanarak en kanlı tarihini geçirmiştir. Geniş anlamdaki faşizm ise, insan haklarını ve özgürlüklerini inkar eden totaliter sistemlere verilen genel bir addır. Bu ayrımın ayrıntıları ve faşizm rejiminin insan hakları bakımından ortaya çıkardığı sakıncalarla ilgili örnek ve eleştiriler için bkz. **MUMCU**, s. 91, 92. Faşizmin ilk ve en belirgin şekilde uygulandığı İtalya'da, kişinin devlet yararına işlem yapan bir araç olarak belirlenmesi, böyle bir düzen içinde kişi hak ve özgürlüklerinden söz etmenin ne denli güç olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bilgi için bkz. AKIN, İlhan F., *Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s.9.

³⁶ Demokratik sosyalizm rejimlerinin tümünü reddeden sosyalist rejimlere verilen genel isim olarak tanımlanmaktadır. Stalin tarafından Sovyetler Birliği'nde bir dönem uygulanan bu sistem bir dikta yönetimi şeklinde uygulanmıştır. Ancak ucuz işgücüne dayanan bu sistem, pratik hayatta insan haklarıyla bağdaşmayan şekillerde hala dünyanın bazı bölgelerinde (Çin ve Küba) uygulanmaya devam etmektedir. Bu rejimin genel sistematiği ve eleştirisi için bkz. **MUMCU**, s. 93.

yorulmuş ve usanmış uluslararası camiada yeni ve beyaz bir sayfa açma isteği uyandırmış, kanımızca insan haklarının tarihi, bu sıfır noktasından sonra ani bir sıçrama yaşamıştır.

Bu sıçramadaki en büyük pay sahiplerinden biri hiç şüphesiz Birleşmiş Milletler ve bu kurumun en önemli eseri olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Ancak çalışmamızın esaslı konusunu oluşturan zorla çalıştırma yasağının uluslararası belgelerdeki en önemli gelişim, bu yasağın tanımının yapılıp sınırlarının çizildiği 29 Nolu ILO Sözleşmesi'nin imzalanması ile yaşanmıştır³⁷.

Bu sözleşme konumuz açısından en önemli sıçrama olarak kabul edilebilirse de, hiç şüphesiz; yukarıda da bahsedildiği üzere, zorla çalıştırma yasağını da kapsayacak şekilde insan haklarının korunması ve tüm uluslar tarafından güvenceye kavuşmasındaki en önemli aktör, savaş sürerken kuruluş hazırlıklarına başlanan örgüt, Birleşmiş Milletler Örgütü'dür. II. Dünya Savaşı'nın, Avrupa'da sona erdiği tarih olan 8 Mayıs 1945'ten çok kısa bir süre sonra 25 Haziran 1945 tarihinde resmen bir antlaşma ile kurulmuştur³⁸. Bu kuruluş antlaşmasının başlangıcında amaçlar arasında sayılan barışa yönelik cümleler, dünya barışının ve insan hak ve özgürlüklerinin korunması noktasındaki politikaların bundan sonra yeni bir evreye girdiğini göstermektedir³⁹. Gerçekten de XX. yy hukuk düzenine baktığımızda, başta anayasalar olmak üzere, insan haklarının

³⁷ Ancak üzülererek söylemek gerekir ki, 6 Haziran 1930 tarihinde ILO Tarafından kabul edilen bu sözleşmenin Türkiye'de uygulanabilir olduğu tarih 23 Haziran 1998'dir. Bu sözleşmenin çevirisi konusundaki eleştiriler için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt – 1*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 846. O tarihli Resmi Gazete sayısı için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23381.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23381.pdf>, ET. 07.04.2014.

³⁸ MUMCU, s. 98.

³⁹ Bu antlaşmanın başlangıç hükümlerinde, “*Biz Birleşmiş Milletler Halkları, ... Temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerlerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yinelemeye, ... daha geniş anlamda toplumsal ilerlemeyi... sağlamaya, ... kararlı olarak... Birleşmiş Milletler adıyla bir örgüt kurduk*” ifadeleri yer almaktadır. Bu ifadeler ve kuruluş antlaşmasına ilişkin genel değerlendirmeler için bkz. *ibid.*, s. 99.

pozitif hukukun konusu haline getirilmesi eğilimi yaygınlaşmış ve temel haklar sistematik bir biçimde düzenlenmeye başlamıştır⁴⁰.

Ancak bu kuruluş ilkeleri sadece hayal aşamasında kalan ilkeler olmakla kalmamış, gerçekten sonraki faaliyetleri, özelde de bu konuda bünyesindeki ülkelerin ortak iradesi ile oluşan antlaşmalar sayesinde, Birleşmiş Milletler, (BM.) insan haklarının gelişmesinde kanımızca en önemli kuruluş olmuştur.

Bu antlaşmalar arasında birisi var ki, konumuz bakımından en fazla üstünde durulması gereken antlaşma niteliğindedir: 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen, “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi.” Bu aslında, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin tamamlayıcısı şeklinde yorumlanmış⁴¹, yani temelde esas itibariyle o bildiride tanınan haklar ile benzer şekilde düzenlenmiş olmakla beraber, bu hakları daha da geliştirmiş ve özelde de insan haklarının modern evrensel hukuk boyutuna taşınmasının en önemli yapı taşlarından birisi olmuştur.

Zorla çalıştırma yasağının ana ilkeleri, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde (İHEB) ilk kez kendine yer bulmuştur. Bu bildirinin 23. maddesinde zorla çalıştırma yasağı açık bir şekilde zikredilmese de, 1. fıkrada yer alan; “*Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.*” hükmü⁴²;bu yasağın ilk kez - hem de evrensel olarak kabul edilen - bir uluslararası belgede yer aldığını göstermektedir. Zira, kanımızca insanın işini serbestçe seçme ve adaletli ve elverişli koşullarda çalışma hakkı, adaletli olmayan ve elverişsiz koşulların yaşandığı bir çalışma ortamından serbestçe çekilebilme, başka bir deyişle bu şartlardaki bir işte çalışmama hakkını da beraberinde getirmektedir.

⁴⁰ KALABALIK, s. 66.

⁴¹ MUMCU, s. 100.

⁴² Bu hüküm ve İHEB ile ilgili tarihsel ve içeriksel bilgilendirme için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, ET. 07.04.2014.

Bu büyük sıçramadan sonra, insan hakları konusu evrensel düzlemde oldukça yüksek sesle tartışılmaya başlanmış, kanımızca bu sürecin de etkisi ile 1957 yılında ILO; 105 Nolu Zorla Çalıştırmanın Kaldırılması sözleşmesini kabul etmiştir. Buna göre her üye devletin 1930 tarihli ve 29 Nolu ILO Sözleşmesi hükümleri saklı kalmak koşulu ile İHEB'nde yer alan ilkelere aykırı olan tüm zorla çalıştırma hükümlerini yürürlükten kaldırdıktan sonra, insanları cezalandırma muhalefeti susturma ve sair siyasal veya ırksal nedenlerle kimsenin zorla çalıştırmaya tabi tutulamayacağı ilkesi kabul edilerek yasağın kapsamı ve sınırları biraz daha genişletilmiş, zorla çalıştırma yasağına karşı kişiler daha fazla güvenceye kavuşmuştur⁴³.

XX. yüzyılda kabul edilen bu antlaşmaların – İHEB de dâhil – hepsinin temel sıkıntısı, antlaşmaya taraf ülkelerin herhangi bir şekilde bu antlaşmanın ana ilkelerine aykırı hareket etmeleri halinde herhangi bir müeyyide ile karşı karşıya kalmamalarıdır. Yani taraf devletler insan hak ve özgürlüklere ilişkin bu antlaşmalardaki maddelere uymayı taahhüt etmiş iseler de, bu sözleri yerine getirip getirmemek deyim yerindeyse onların insafına kalmıştır.

İşte insan hakları konusunda uluslararası bir organizasyon olan Birleşmiş Milletler, bu konudaki en büyük adımı atmış ise de, bu hak ve özgürlüklerin düşünsel düzeyde doğduğu yer olarak kabul edilen ve önce Ortaçağdaki bahsettiğimiz o karanlık dönemde sonrasında da özellikle II.

⁴³ 105 Nolu ILO Sözleşmesi'nin 1. maddesinde bu haller şu şekilde ifade edilmiştir: *"Milletlerarası Çalışma Teşkilatının bu Sözleşmeyi onayan her üyesi, cebri veya mecburi çalıştırmayı menetmeyi ve, Siyasi bir cebir veya eğitim tedbiri olarak veya muayyen siyasi fikirlere sahip olan veya bu fikirlere beyan eden şahıslara veya kurulu siyasi, iktisadi veya içtimai nizama karşı ideolojik bakımdan muhalefetlerini izhar eden kimselere bir ceza olarak, İktisadi gelişme gayesiyle el emeğini seferber etme ve el emeğinden faydalanma metodu olarak, Çalışma disiplini olarak, Grevlere iştirak etmiş olmayı tecziye tedbiri olarak, Irki, içtimai, millî veya dini bir tefrik vasıtası olarak, Hiçbir şekilde cebri veya mecburi çalıştırmaya başvurmamayı taahhüt eder."*

Dünya savaşı sırasında bu hakların çokça kez ayaklar altına alındığı Avrupa kıtasında da, aynı acıların tekrar yaşanmaması için adımlar atılmış, ilkin ülkeler arası kalıcı barışı garanti altına almak için Avrupa Kömür ve Çelik Teşkilatı (AKÇT) Antlaşması imzalanmış ve Avrupa'da ekonomik birliğin temelleri böylece atılmış, sonra da, Avrupa Konseyi kurulmuştur. Avrupa Konseyi'nin kuruluş amacı, üye ülkelerin barışı, gerçek demokrasiyi, bireysel ve siyasal hak ve özgürlükleri kendi aralarında korumak ve geliştirmek için sürekli iş birliği yapmak şeklinde açıklanmıştır⁴⁴. İşte her bir kurucu üyesi aynı zamanda BM. üyesi olan bu kuruluş, BM. sistemindeki karar alma mekanizmalarında meydana gelen sorunlardan dolayı, bu örgüte alternatif olarak kurulmuş ve daha da geniş kapsamlı bir yapıya kavuşmuştur⁴⁵. Konseyin temel hakları koruma noktasındaki temel felsefesine uygun olarak gerçekleştirdiği en önemli sözleşme de tüm dünyada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olarak bilinen ve bu adla anılan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'dir⁴⁶. Bu sözleşmenin en önemli özelliği, BM. bünyesinde çıkartılan İHEB dahil tüm sözleşmelerdeki yaptırım eksikliğini ortadan kaldırmasıdır. Sözleşmenin 19. maddesinde, bu sözleşmeye ve ek protokollere taraf devletlerce kabul edilen taahhütlere uyup uymadıklarını denetlemek için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kurulması kararlaştırılmış⁴⁷, aynı sözleşmenin 41. maddesinde mahkemenin; sözleşmeye taraf devletin, sözleşme ile korunan temel insan hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği sonucuna varılırsa taraf devleti, hakkaniyete uygun bir tazminat ödemeye mahkûm edeceği belirtilerek yaptırım öngörülmüş⁴⁸, nihayet sözleşmenin 46. maddesi ile de

⁴⁴ MUMCU, s. 106.

⁴⁵ *ibid.*, s. 106, 107.

⁴⁶ Çalışmamızda da doktrin ve uygulamaya paralel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ifadesi kullanılacaktır.

⁴⁷ Sözleşmenin 19. madde metni şu şekildedir: “İşbu Sözleşmeye ve Protokollerine Yüksek Taraf Devletlerce kabul edilen taahhütlere uyulmasını sağlamak amacıyla, aşağıda "Mahkeme" olarak anılacak bu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulur. Mahkeme daimi olarak görev yapar.”

⁴⁸ Sözleşmenin bu maddesinde, “Mahkeme işbu Sözleşme veya Protokollerin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Taraf Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen

mahkemenin kararlarının bağlayıcılığı konusunda özel hüküm konmuş ve devletlerin, mahkemenin nihai kararlarına uyacakları hususu düzenlenmiştir⁴⁹.

Bu üç fıkra birlikte değerlendirildiğinde, Avrupa Konseyi'ne üye olan ve bu sözleşmeye taraf olan devletlerin, sözleşme ile bağlı olacakları anlaşılmaktadır. Bu da sözleşmeye taraf devletlerce, mahkeme sayesinde insan hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığını bize göstermektedir.

İç hukuk bakımından; devletin insan haklarını çiğnemesinden dolayı “davalı” olarak yargı önüne çıkartılması, idari yargının temel felsefesi olup hukukun üstünlüğü ilkesinin egemen olduğu demokratik ülkelerde doğal bir durum olmakla beraber, insan haklarının çiğnenmesinden dolayı devletin uluslararası yargı önüne çıkarılması ve uluslararası adaletin ulusal adalete benzetilmesi hususu ancak AİHS ile mümkün olabilmıştır⁵⁰. Bu nedenle, AİHS ile getirilen bireysel başvuru hakkı, sözleşmenin belkemiği olarak nitelendirilmiş ve diğer sözleşmelere göre AİHS'nin önemi burada karşımıza çıkmıştır⁵¹.

AİHS'nde 4. maddede, ilk kez bağlayıcı olan bir sözleşmede “Zorla Çalıştırma Yasağı”ndan bahsedilmiştir. Madde hükmünde, bu kavramın tanımlanmasından kaçınılmış ise de yasağa belli istisnalar getirilmek sureti ile, bu istisnalar dışında kalan hallerin zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirileceği düşünülmektedir.

telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette zarar gören tarafın tatminine hükmedeceği” hüküm altına alınmıştır.

⁴⁹ Sözleşmenin 46. maddesi bu hususu iki fıkra halinde düzenlemiştir. Birinci fıkrada, “Yüksek Taraf Devletler, taraf oldukları davalarda Mahkemenin nihai kararlarına uymayı taahhüt ederler.” denirken, sözleşmeye taraf ülkenin, mahkemenin verdiği kararı uyguladığının sağlamlasının yapılması, böylece kontrol mekanizmasının sağlamlştırılması için, ikinci fıkrada şu hükümlere yer verilmiştir: “Mahkemenin nihai kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.”

⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2011, s. 313.

⁵¹ GÖZÜBÜYÜK, *Anayasa Hukuku*, s. 314.

Ancak ILO Sözleşmesi ve AIHS hükümlerine paralel olarak, 1966 yılında kabul edilip, 1976 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 8/3. maddesi hükmünde, her iki sözleşmeye paralel olarak, zorla çalıştırma yasağının “neleri kapsamadığı”; başka bir deyişle zorla çalıştırma yasağı içinde sayılamayacak haller düzenlenerek BM kapsamında da zorla çalıştırma yasağına karşı koruma sağlanmıştır.

Kanımızca, bu düzenleme ile beraber, artık günümüzde zorla çalıştırma yasağının 29 ve 105 nolu ILO Sözleşmeleri, İHEB ve AIHS ile koruma altına alındığı ve böylece hem bu sözleşmelere taraf olan tüm devletlerde ileri sürülebilen hem de uyulmadığı takdirde devletler için yaptırım öngören uluslararası bir ilke olduğu söylenebilir.

II. TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ PERSONEL KANUNU'NDA SUBAY VE ASTSUBAYLAR İÇİN ÖNGÖRÜLEN MECBURİ HİZMET SÜRESİNİN ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLİP DEĞERLENDİRİLEMEYECEĞİ SORUNU

A) TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ PERSONEL KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME

Çalışmamıza konu düzenleme 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 112. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) bünyesinde çalışan muvazzaf⁵² subay ve astsubayların, subay ve astsubay naspedildikleri (resmi olarak göreve başladıkları) tarihten itibaren fiilen 10 yıl hizmet etmedikçe istifa edebilmeleri mümkün değildir. Başka bir deyişle, burada öngörülen 10 yıllık süre, mecburi hizmet süresidir. Türk Silahlı Kuvvetlerindeki

⁵² Muvazzaf, sözcük anlamı olarak genel itibariyle “bir görev veya hizmetle yükümlü olan kimse” anlamında kullanılırken, askerlikle ilgili kullanım olarak da, “Silahlı kuvvetlerde görev başında olan subay ve astsubaylar ile askerlik hizmetini yapan erler” i ifade etmektedir. Kelimenin anlamı için bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53440c159a70d4.71430452, ET. 08.04.2014.

görevlerine astsubay olarak başlayıp daha sonra subay sıfatını haiz olan kişiler içinse bu 10 yıllık mecburi hizmet sürelerinin başlangıç tarihi, astsubay çavuşluğa naspedildikleri tarihtir⁵³.

Hemen belirtmek gerekir ki, subay ve astsubayların mecburi hizmeti için öngörülen bu süre, 2012 yılında yapılan değişiklikten önce 15 yıl idi⁵⁴.

Ancak kendilerinin istifa etmeleri mümkün olmasa bile, subay ve astsubaylar, bazı hallerde, 10 yıllık süre dolmasa dahi istifa etmiş sayılırlar. Bu haller,

- “Yabancı uyruklu kişilerle evlenenlerden, bu evlilikleri yönetmelikte belirtilen esaslar dâhilinde Genelkurmay Başkanlığınca uygun görülmemesi,
- Çeşitli nedenlerle Türk vatandaşlığının kaybedilmesi veya Türk vatandaşlığından çıkarılması.” olarak sayılmıştır.

Dolayısıyla bu hükme göre, yabancı uyruklu kişilerle evlenip bu evlilikleri Genelkurmay Başkanlığı'nca uygun görülmeyen ve çeşitli nedenlerle vatandaşlıktan çıkanlar ile kendisine “vatandaşlıktan çıkarma” işlemi uygulanan subay ve astsubaylar bu göreve naspedildikten itibaren 10 yıllık zaman dilimi dolmadan istifa edememekle beraber, kanun hükmü gereğince istifa etmiş sayılırlar.

Kanunun 112. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında subay ve astsubaylar; tazminat sorumluluğu bakımından, ikili bir ayrıma tabi tutularak düzenlenmiştir.

⁵³ UZ, Abdullah / AYDIN, Feridun / DEMİRCİOĞLU, Mustafa / BABACAN, Hüseyin Güngör, *Mecburi Hizmet Yükümlülüğü ve Eğitim – Öğretim Giderlerinden Kaynaklanan Tazminat Davaları*, Adalet Basımevi, Ankara, 2010, s. 198 -199.

⁵⁴ 03.06.2012 tarih ve 28312 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6318 Sayılı “Askerlik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un 47. maddesi ile değiştirilmiştir. Belirtilen tarihli resmi gazete için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120603.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120603.htm>, ET. 08.04.2014.

Şöyle ki 4. fıkradaki düzenlemeye göre, mecburi hizmet süresinden önce subay ve astsubaylıktan istifa etmiş sayılanlardan yabancı memleketlere öğrenim, staj, kurs, ihtisas veya görgü ve bilgilerini artırmak amacıyla gitmiş olanlar, orada bulundukları süre içerisinde aldıkları aylık ve Devletçe yapılan masrafların dört katı tutarındaki bir miktarda sorumludurlar ve bu masraflar hesaplanarak, yapılan masrafların dört katı, kendilerinden tazminat olarak alınır. Başka bir deyişle, subay ve astsubay iken TSK ile ilişkisi kesilip; tazminat sorumluluğu olarak da *kendine yapılan masrafların 4 katı kadarı ile sorumlu tutulmanın iki şartı vardır:*

- 112. maddenin 2. fıkrasında belirtilen “istifa etmiş sayılma” şartlarından birini sağlamış olmak ve
- Çeşitli nedenlerle yurt dışına görevlendirilmiş olma.

112. maddenin 5. fıkrasında ise, tazminat sorumlularının kapsamı genişletilmiş ama miktarı azaltılmıştır. Şöyle ki, 5. fıkra şu ifadelerle yer verilmiştir: “*Durumları yukarıdaki fıkralara uyanlar ile Türk Silahlı Kuvvetleri'nden **her ne şekilde olursa olsun** mecburi hizmet yükümlülüğünü tamamlamadan ayrılan veya ilişkisi kesilen subay ve astsubaylar (Türk Silahlı Kuvvetleri'nde görev yapamaz şeklinde sağlık raporu alanlar ile vazife mahulü olarak Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ayrılanlar hariç), her yıl kuvvet komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından belirlenen; askeri öğrenci, subay ve astsubay naspedildikten sonra kendilerine yapılan öğrenim, eğitim ve yetiştirme masraflarını, yükümlülük sürelerinin eksik kalan kısmı ile orantılı olarak kanuni faizi ile birlikte tazminat olarak öderler.*”

Bu uzun fıkra; kanımızca özetle şu şekilde yorumlanmalıdır: İster 3. fıkranın (a) ve (b) bentlerinde sayılan şartları taşıdıkları gerekçesiyle istifa etmiş sayılanlar; isterse de başkaca herhangi bir sebeple mecburi hizmet süresi içinde TSK ile ilişkisi kesilenler, *kural olarak*; her yıl bağlı bulunduğu ilgili komutanlıklarca belirlenen ve askeri öğrencilik + subay

veya astsubay naspedildikten sonra kendilerine yapılan eğitim – öğretim ve yetiştirme masraflarından müteşekkil miktarı, yükümlülük sürelerinin eksik kalan kısımlarının da orana katılması ve subay veya astsubay naspedildikleri tarihten itibaren geçen sürenin faizi ile beraber hesaplanacak toplam miktardan sorumludurlar. Bu hesaplamanın ne şekilde yapılacağı da 17.12.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Türk Silahlı Kuvvetleri Personelinin Öğrenim Eğitim ve Yetiştirme Masraflarının Tespitine Dair Yönetmelik⁵⁵ in 5. maddesi hükmünde⁵⁶ ayrıntılı olarak ve kalemler halinde düzenlenmiştir.

⁵⁵ Belirtilen tarihli Resmi Gazete’ye ulaşmak için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051217.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051217.htm>, ET. 09.04.2014.

⁵⁶ **Madde 5** - Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapamaz şeklinde sağlık raporu alanlar ile vazife malulü olarak ayrılanlar hariç olmak üzere her ne şekilde olursa olsun mecburi hizmet yükümlülüğünü tamamlamadan ayrılan veya ilişkisi kesilen subay ve astsubaylar ile ilgili maliyet hesabında;

a) Öğrencilik dönemine ait 3 Eylül 1985 tarihli ve 18857 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Askerî Okullara Alınan Öğrenciler ile Silahlı Kuvvetler Hesabına Fakülte ve Yüksek Okullarda Okuyan Öğrenciler İçin Yüklenme Senedi Düzenlenmesine ve Bu Okullardan Çeşitli Sebeplerle Ayrılacak Öğrencilere veya Kefillerine Ödettirilecek Tazminata Dair Yönetmelik hükümleri uygulanarak yapılacak hesaplamada; yiyecek, giyim-kuşam, öğrenci harçlıkları, kitap-kırtasiye, vize-diploma-sınav ve benzeri harçlar, öğretim ve eğitimin gerektirdiği ulaşım giderleri, ilaç-tedavi giderleri, barındırma, askerî liseler hazırlık sınıfları yabancı dil eğitimleri, atış, personel ve amortisman giderleri ile görmüş olduğu kurs masrafları,

b) Kurs merkezlerinde; subay, astsubay olarak eğitim ve yetiştirme masraflarının tespitinde; eğitim-öğretim görevlilerinin kurs süresiyle orantılı maaşları, ek ders ücretleri, yolluk ve yevmiyeler, kırtasiye giderleri, (eğitim yardımcı malzemeleri/askerî öğrenciler için) eğitim ve yetiştirmenin gerektirdiği taşıma ve ulaşım giderleri, ilaç ve tedavi, öğrenim ve eğitim ve öğretimin diğer eğitim kurumlarına ödenen masrafları ve amortismanlar,

c) Yurt dışına öğrenim, staj, kurs, ileri ihtisas veya bilgi ve görgülerini artırmak maksadıyla gitmiş olanlardan, durumları 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 112 nci maddesinin dördüncü fıkrasına uyanlara, orada bulundukları süre içerisinde ödenen aylık ve devletçe yapılan masrafların **dört katı tutarındaki** tazminat,

d) Yabancı memleketlere öğrenim, staj, kurs ihtisas veya görgü ve bilgilerini artırmak maksadıyla gitmiş olanlara, buralarda geçirdikleri sürelerde Devletçe bu maksatla yapılan aylık ödemelerden; yurt içi maaşından eksik ödenen % 40 oranındaki kısma

Burada sorumluluğa tabi olma noktasında bazı kişilere istisnalar getirilmiştir. Buna göre; Türk Silahlı Kuvvetleri'nde görev yapamaz şeklinde sağlık raporu alanlar ile vazife malulü olarak Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ayrılanlar, bu kuralın dışında tutulmuştur. Kanımızca, yıllarca Türk Silahlı Kuvvetleri'ne hizmet etmiş kişilerden, elde olmayan sebeplerle artık hizmet edemeyecek durumda olanlar veya vazife sebebiyle malul hale gelenlerin, bu durumda olmayanlarla aynı sorumluluğa tabi tutulmaması ve bu kişilere diğerlerine göre pozitif ayrımcılık yapılması, hem etik hem de evrensel hukuk normlarına uygundur.

112 / 5. maddede geçen “Her ne şekilde olursa olsun” ibaresi; istifa etmiş sayılma dışındaki, 10 yıllık mecburi hizmet süresinin dolmasından önce TSK ile ilişkinin kesilmesi hallerinin de, tazminat sorumluluğunu doğurması olarak yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, bir disiplin yaptırımı olarak “Türk Silahlı Kuvvetlerinden Ayırma” cezası sonucunda 10 yıllık mecburi hizmet süresi dolmadan TSK ile ilişkisi kesilenlerin de tazminat yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir. Türk Silahlı Kuvvetlerinden Ayırma Cezası, 6413 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu m. 20’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; aşırı borçlanmak ve borçlarını ödeyememek, ahlaki zayıflık, hizmete engel davranışlarda bulunmak, gizli bilgileri açıklamak, ideolojik veya siyasi amaçlı faaliyetlere karışmak, uzun süreli firar etmek, disiplinsizliği alışkanlık haline getirmek, iffetsiz bir kimse ile evlenmek veya böyle bir kimse ile yaşamak ve nihayet gayri tabii mukarenette bulunmak⁵⁷ fiillerinden birini işlemek, Türk Silahlı Kuvvetleri’nden ayırmayı gerektirmektedir.

tekabül eden tutar indirildikten sonra bulunan ödeme miktarı ile kitap, kırtasiye ve harcırah giderleri dikkate alınır.

⁵⁷ Doğal olmayan cinsel ilişki şeklinde tanımlanmıştır. Konuya ilişkin örnek bir davada, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin (AYİM) Türk Silahlı Kuvvetlerinde Astsubay Çavuş olarak görev yapan davacının hakkında davaya konu işlem öncesinde askeri savcılık tarafından “gayri tabi mukarenette bulunmak” suçlaması ile soruşturma başlatıldığı, ancak bu konu hakkında daha sonra takipsizlik kararı verildiğini, davacının

Görüldüğü gibi, bu fiillerden birini işlediği tespit edilen subay veya astsubayın, 10 yıllık mecburi hizmet süresi dolmadan da TSK ile ilişkisi kesilmekte, dolayısıyla bu şekilde TSK ile ilişkisinin kesilmesi, tazminat yükümlülüğünü doğurmaktadır.

Dolayısıyla mecburi hizmet süresi henüz dolmamış bir subay veya astsubay, TSK'den ayrılmak istiyorsa, tazminat yükümlülüğünü de göze alarak; ya yabancı uyruklu biriyle evlenmek suretiyle bunun Genel Kurmay Başkanlığı'na uygun bulunmamasını beklemek zorundadır ya da yukarıda bahsi geçen fiillerden birini işleyip disiplinsizlik sonucunda TSK ile ilişkisini kestirmelidir. Başka bir ifade ile, bir şekilde TSK'de subay veya astsubay olarak göreve başlayan ancak daha sonra gelişen hayat koşulları ile, bu mesleğin, kedisine uygun olmadığını düşünen ve 10 yıllık bir süreyi bu işi yaparak geçirmek istemeyen bir kişi, para ödemeyi dahi göze alsa, TSK ile ilişkisini kestirecek bir disiplinsizlik fiili işlemeyen kendi iradesi ile mecburi hizmet süresini bitirmeden istifa edebilme şansını haiz değildir⁵⁸.

yaptığı faaliyetin jigoluluk (yaşlı - veya değil - kadınlarla para karşılığı birlikte olmak) olduğu bu nedenle o dönemde yürürlükte bulunan mevzuat gereğince ahlak dışı davranışlar dolayısıyla TSK'nden ayırma cezası verildiği anlaşılmış söz konusu davada iki kavram arasındaki ilişkiler irdelenmiştir. AYİM 1. DAİRE, E. 2002 / 1838, K. 2003 / 1144, KT. 23.09.2003. Kararın orijinal tam metni için bkz. http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=3559&ctg=000002000002000001, ET. 09.04.2014.

⁵⁸ Kanun değişikliğinden önce bu sürenin 15 yıl olduğu dönemde, 2002 yılında AYİM' de görülen bir davada, TSK'nde Kara Kuvvetleri Komutanlığı bünyesinde teğmen olarak giren ve 8 yılı aşkın süredir memur olan, başka bir ifade ile henüz zorunlu hizmet süresini tamamlamamış bulunan davacının istifasının 112. madde uyarınca reddedilmesi işlemine karşı açılan iptal davasında bu istifanın kabul edilmemesinin idarenin takdir yetkisinde olduğunu, doğası gereği silahlı kuvvetlerde personel istihdamının da bu personelin istifasının da ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini ve bu zorunlu sürenin zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceğini beyan eden ve kanımızca son derece devletçi bir bakış açısıyla uyuşmazlığı değerlendiren AYİM, davayı reddetmiştir. E. 2002 / 291, K. 2002 / 252, KT. 03.10.2002. Kararın tam metni için bkz http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=3332&ctg=000002000018000006, ET. 15.04.2014. AYİM, aynı devletçi bakışına uzunca bir süre devam etmiş, zorunlu hizmet kuralı ile ilgili olarak en son 2007 yılında bir dava AYİM önüne gelmiş

Ancak kanunun lafzına bakıldığında, bu fiilleri işleyenlerin mutlak suretle TSK'den ayırma cezası ile cezalandırmayı gerektiren bir amir hükmün söz konusu olmadığı görülecektir. Nitekim uygulamada son yıllarda, ayırma cezasını öngören fiillerin çoğu denenmiş ve fakat bunun kendi ilişkilerini kestirmek ve böylece zorunlu hizmet sürecini sona erdirmek isteyen subay ve astsubaylarca kasten yapıldığını fark eden TSK, disiplin cezası vermeyerek ilişkilerinin kesilmesinin önünü kapatmaya çalışmıştır.

B) TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ PERSONEL KANUNUNDAKİ DÜZENLEMENİN ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI İLE İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

Çalışmamızın başında, zorla çalıştırma yasağının özellikleri ve diğer kavramlardan farkı ortaya konmaya çalışılmış, sonrasında da 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Disiplin Kanunu hükümleri çerçevesinde mevzuatın zorunlu hizmet ve uygulanması noktasında neler öngördüğü incelenmiştir.

Bir çalıştırmanın zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için gereken şartları toparlayacak olursak, birkaç madde halinde bu şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Her şeyden önce, bir işin yapılması noktasındaki zorunluluğun kişinin kendisinden değil dış bir faktörden kaynaklanması gerekmektedir.
- İkinci olarak, bu çalıştırma fiili ücretsiz olarak değil, belli bir ücret karşılığında yapılmalıdır.

ancak bu dava da dahil gelen davaların hepsinde “ölçülülük ilkesine aykırılık” iddiaları da dahil yapılan her yönlü itirazı reddetmiştir. Bir başka örnek için bkz. AYİM 3. DAİRE, E. 2005 / 655, K. 2006 / 189, KT. 26.01.2006. Bu karar ve mecburi hizmet yükümlülüğüne ilişkin olarak verilmiş diğer kararlar için bkz. http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar.asp?ctg=000002000018000006&Dir=ASC&Count=0&Order=DERGI_IDNO, ET. 15.04.2014.

- Kişinin üstünde çalıştırma baskısı hissetmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle bu işi istemeyerek yapılmalıdır.
- ILO Sözleşmesi, AİHS ve Anayasamızda ortak olarak belirtilen istisnalardan olmamalıdır.
- Kişi, bir ceza tehdidinden dolayı kendini çalışmak zorunda hissetmelidir.

Bu şartların hepsi, kanımızca bir çalışmanın “zorla çalıştırma” sayılabilmesi için bir zincirin olmazsa olmaz halkaları gibidir. Başka bir deyişle, bu şartlardan herhangi birinin bulunmadığı bir çalıştırma yükümlülüğü, “zorla çalıştırma” kavramı içinde değerlendirilemez.

İşte, konumuz açısından bu şartlar incelendiğinde, yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği üzere, mevzuattan kaynaklanan belli bir mecburi hizmet yükümlülüğünün olduğu, bu süreç içinde istifa etme hakkının olmadığı, dolayısıyla bunun bir zorunluluk oluşturduğu; bu süreç içinde çalışmalarının karşılığı olarak kendisine belli bir miktar ücret ödendiği dolayısıyla ilk iki şartın sağlandığı görülmektedir. Konumuz zaten bir şekilde subay veya astsubay olarak naspedildikten sonra farklı bir takım sebeplerden ötürü on yıllık sürenin sonuna kadar bu işi yapmak istemeyen kişilerin çalışma yükümlülüğü olduğu için, “kişinin bu işi istemeyerek yapması” şartının da gerçekleştiği açıktır.

TSK Personel Kanunu’nda belirtilen 10 yıllık mecburi hizmet süresinin zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti için, belirleyici olan husus, son iki şartın sağlanıp sağlanmadığıdır.

Bilindiği üzere, gerek ILO Sözleşmelerinde, gerekse AİHS’ nde “Askeri nitelikli hizmet veya vicdani reddi seçenler için başkaca bir hizmet,” zorla çalıştırma yasağının istisnaları arasında yer almıştır. İşte ilk olarak subay ve astsubaylar için öngörülen mecburi hizmet yükümlülüğünün askeri nitelikli bir hizmet olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu irdelenecektir.

Son olarak, şartlar arasında öngörülen ceza tehdidi kavramından ne anlaşılması gerektiği irdelenecek; kanunda öngörülen yaptırımların ceza olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılacaktır. Bu noktada Askeri Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikler ve bu değişikliklere ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar incelenerek nihai duruma ilişkin karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılacaktır.

2. TSK Personel Kanunu'ndaki Düzenlemenin, Zorla Çalıştırma Yasağının İstisnaları Kapsamında İncelemesi

TSK Personel Kanunu'ndaki düzenlemenin zorla çalıştırma yasağı kapsamında kabul edilip edilemeyeceği noktasında en belirleyici faktör, hiç şüphesiz yüksek mahkeme kararlarıdır. Ancak, 4. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM önüne gelen davalar arasında, bu çalışmanın yapıldığı tarihe kadar, askeri hizmet niteliğinde bir başvuru gelmediğinden, mahkemenin hangi tür askeri işleri zorla çalıştırma yasağının istisnasından sayacağı veya hangilerini askeri bir iş olmasına rağmen zorla çalıştırma niteliğinde kabul edebileceği konusunda herhangi bir fikir yürütmek pek de mümkün görünmemektedir.

Ancak, bizzat zorla çalıştırma yasağı kapsamında olmasa dahi, mahkemenin asker kişilerin çeşitli başvurularına ilişkin vermiş olduğu kararlar; bu konuda bir başvuru geldiğinde AİHM' nin nasıl bir bakış açısı ile konuya yaklaşacağına dair ipuçları vermektedir.

Mahkeme, 1976 tarihli Engel ve Diğerleri / HOLLANDA kararında⁵⁹, sözleşmenin 1. ve 14. maddelerinde, sözleşmeciler devletlerin egemenlik yetkisi içinde bulunan herkesin, “ayrımcılığa tabi tutulmadan” sözleşmenin 1. bölümünde yer alan haklardan yararlanabileceğini belirtmiştir. Bunun yanında mahkeme, sözleşmenin 4/3 – (b) hükmünde yer alan düzenlemenin, sözleşmede yer alan maddelerin askerleri de kapsayacağını teyit ettiğini belirtmiş ve sözleşmede asker kişilerin de haklarının korunduğunu ifade etmiştir. Bu ifadenin hemen ardından mahkeme, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında ve yorumlanmasında,

⁵⁹ AİHM Kararı, BN. 5100 / 71, KT. 08.06.1976. Kararın, Türkçeye çevrilmiş tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=23>, ET. 11.04.2014.

askeri yaşamın özelliklerinin ve silahlı kuvvetler mensupları üzerindeki etkilerinin özellikle dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, bu içtihadını daha sonra yapılan birkaç başvuruda da uygulamış ve bu başvuruları kabul etmekle birlikte, özellikle söz konusu fiillerin sözleşme hükümlerini ihlal edip etmediği noktasında karar verirken, diğer kişilere oranla askerlerin hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında deyim yerindeyse biraz “eli sıkı” davranmıştır. Başka bir deyişle, askeri hizmetlere ilişkin bir ihlal başvurusu geldiğinde, Mahkemenin, askeri yaşamın özelliklerini asker kişilerin menfaatlerinden daha önde tuttuğu söylenebilir.

Örneğin 1997 yılında verdiği bir karara⁶⁰ konu olayda, Türk Hava Kuvvetlerinde Askeri Hâkim olarak görev yapan başvurucunun yasadışı köktenci faaliyetlerde bulunduğu gözlemlenmesi üzerine, askeri disiplini ihlal ettiği ve küçük düşürücü hareketlerde bulunduğu gerekçesiyle zorunlu emeklilik kararı vermiştir. Mahkeme, bu davada; üstte bahsedildiği gibi, asker kişilerin hak ve menfaatlerini koruma noktasında eli sıkı tavrına örnek gösterilebilecek nitelikte bir karar vererek, “devletlerin, orduları için şu veya bu şekilde davranmayı gerektiren, özellikle askeri hizmetin gereklerini yansıtan kurulu bir düzene karşı bir davranışı yasaklayan disiplin niteliğinde düzenlemeler yapabileceğini” ifade etmiş ve “başvurucunun askerlik mesleğini seçerken sivillere uygulanması mümkün olmayan, ama Silahlı Kuvvetler üyelerinin hak ve özgürlüklerinin kısıtlanma ihtimaline niteliği gereği yer veren askeri disiplin sistemini kendi iradesiyle kabul ettiğini” söylemiştir.

Ancak aynı yıl verilen başkaca bir kararda⁶¹, mahkeme bu tavrının mutlak ve değişmez olmadığını göstermek istercesine, bu kez de asker kişilerin hak ve özgürlüklerini koruma eğilimine girmiştir. Karara konu olayda, bu kez başvuru, zorunlu askerlik hizmetini yapan, asteğmen

⁶⁰ AİHM Kararı, BN. 20704 / 92, KT. 01.07.1997. Kararın Türkçeye çevrilmiş tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=662>, ET. 11.04.2014.

⁶¹ AİHM Kararı, BN. 24348 / 94, KT. 25.11.1997. Kararın Türkçeye çevrilmiş tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=720>, ET. 11.04.2014.

rütbesinde bir yedek subaydır ve askerlik esnasında ordu içindeki uygunsuzluklardan rahatsız olup, sonunda da hakkında firari sayılma işlemi gerçekleşince bir eleştiri mektubu kaleme almış ve bu mektubu bir taksi şoförü vasıtasıyla birlik komutanına göndermiştir. Birlik komutanı, mektubun içindeki ifadeleri hakaret addedip başvuru hakkında ceza davası açmış, başvuru da bu muamelenin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ifade ederek olayı AİHM önüne getirmiştir. Mahkeme burada verdiği kararda söz konusu mektubun, Yunan ordusu için bazı sert ve kızgın ifadeleri olduğunu kabul etmekle beraber, söz konusu ifadeleri; *“askeri yaşama ve bir kurum olarak orduya yönelik genel ve uzunca bir eleştirel söylev”* olarak nitelemiş ve mektubun çoğaltılmadığını, geniş bir kitleye dağıtılmadığını ve sadece birlik komutanına iletilmiş olduğunu, mektubun içeriğinde de bir kurumu veya kişiyi aşağılama niteliğinin bulunmadığını ifade ederek, böyle bir durumda açılan ceza davasının ve bunun sonucunda alınan mahkûmiyet kararının demokratik bir toplumda kabul edilemez boyutta olduğuna karar vererek asker kişilerin de sözleşmede güvence altına alınan haklardan yararlanması gerektiği yönünde bir karar vermiştir.

Tüm bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, AİHM asker kişilerin sözleşmedeki haklardan yararlanabileceği ve fakat askeriyenin disiplin ve düzeni gerekçesiyle, sözleşmede korunan hak ve özgürlükler noktasında askeri hizmette görev alanlara, sivillere kıyasla daha dar bir özgürlük alanı konabileceği görüşündedir. Ancak nihayetinde, alanı dar da olsa asker kişilerin de özgürlüklere ilişkin güvenceden yararlanmaları mutlaklıdır.

Bu değerlendirmeler ve yorumlar ışığında, Türkiye’de uygulanan Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nda öngörülen 10 yıllık zorunlu hizmet yasağının, “askeri hizmet” olarak sözleşmede korunan hakların istisnası olarak kabul edilme ihtimali tarafımızca pek mümkün görünmemektedir. Çünkü askeri disiplin içinde belli bir hizmet zorunluluğu öngörülmüş olsa dahi, bu zorunluluğun 10 yıl gibi, insan ömrünün çok ciddi bir kısmında uygulanacak olması, asker kişiler için getirilen sınırlanabilirlik serbestisini de aşmaktadır.

10 yıllık mecburi hizmet süresinin AİHS’ ye aykırı olup olmadığı noktasında sözleşmenin 4/3 – (b) hükmü kanımızca tek başına bir anlam ifade etmeyip, bu hükmün; sözleşmenin 1. maddesi⁶², 14. maddesi⁶³, 17. maddesi⁶⁴ ve nihayet 18. maddesi⁶⁵ ile beraber değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır.

Her ne kadar sözleşmenin 4/3 – (b) hükmünde “*Askeri mahiyette her hizmet*” ibaresine yer verilerek subaylık ve astsubaylık ile ilgili düzenlemelerin de bu istisnaya sokulduğu düşünülse de, sözleşmenin 1. maddesinde bulunan “*sözleşmecî devletlerin yetki alanlarında bulunan ‘herkesin’ zorla çalıştırma yasağının da düzenlendiği sözleşmenin ilk bölümündeki tüm hak ve özgürlüklerden yararlanacağı*” hükmü ve bu noktada hiçbir ayırım gözetilemeyeceğini düzenleyen 14. maddedeki “... *herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetmeden...*” ibaresi; kanımızca bazı koşullarda askeri mahiyette bir hizmette bulunan kişilerin de zorla çalıştırma yasağının ihlal edildiği iddiası ile mahkemeye başvurabileceklerini göstermektedir.

Bu bazı koşulların ne olduğu da sözleşmenin 17. ve 18. maddelerinde ifade edilmektedir.

“Zorla çalıştırma yasağı” devlete bir yasak koymak suretiyle, vatandaşa da dolaylı olarak; devletin bu yasağı ihlal etmesi halinde ona karşı ileri sürebileceği bir hak vermektedir. Ancak 3. madde ile getirilen istisnalar, bu alanlarda devlete “yasağı delme” hakkını vermektedir. Başka

⁶² **AİHS m.1:** Yüksek Sözleşmecî Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlar.

⁶³ **AİHS m. 14:** Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere, herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetmeden sağlanmalıdır.

⁶⁴ **AİHS m. 17:** Bu sözleşmedeki hiçbir hüküm; bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların sözleşmede öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.

⁶⁵ **AİHS m. 18:** Anılan hak ve özgürlüklere, bu sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar, öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

bir ifade ile devletin 4. maddenin 3. fıkrasında öngörülen durumlarda kişileri çalışmaya zorlama hakkı olduğu kabul edilmelidir. Ancak; sözleşmenin, “Hakları Kötüye Kullanma Yasağı” başlıklı 17. maddesinde devletlerin de kendisine verilmiş bir hakkı kötüye kullanamayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Askeri hizmet niteliğinde olduğundan bahisle subay ve astsubayların 10 yıl gibi uzun bir süre istifa dahi edemeden zorunlu hizmete tabi tutulmaları kanımızca devlete verilen zorla çalıştırabilme hakkının kötüye kullanılmasıdır.

Yine devlete ilke olarak yüklenen zorla çalıştırma yasağı, aynı zamanda kişilerin de “zorla çalıştırılmama” hakkını oluşturmakta, şu halde yasağa getirilen istisnalar; kişilere verilen “zorla çalıştırılmama” hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir. İşte sözleşmenin 18. maddesinde, bu kısıtlamanın amaç dışında kullanılamayacağını kurala bağlamaktadır. Askeri hizmette bulunan kişilerin hak ve özgürlüklerinin sivil kişilere oranla daha az gözetilmesi, askeri disiplinin sağlanması amacıyla örtüşmekte ise de, bu durum 10 yıllık bir süre için kişinin iradesinin bloke edilmesi halinde mahkemeye başvurulamayacağı anlamına gelmez çünkü böyle bir hal, yukarıda bahsettiğimiz üzere, “zorla çalıştırılmama” hakkına yönelik kısıtlamanın, özgülendiği amacın dışında kullanılması sonucunu doğurur.

Tüm bu maddeler beraber değerlendirildiğinde, TSK Personel Kanunu’nda subay ve astsubaylar için öngörülen 10 yıllık zorunlu hizmet kuralının m.4/3 – (b) kapsamında olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Ayrıca her ne kadar Anayasamızın zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 18. maddesi hükmünde “zorla çalıştırma” sayılamayacak istisnalar arasında “Askerlik Hizmetleri” geçmiyor ise de, madde metninde geçen “*ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları*”, deyiminin subay ve astsubayları da kapsadığı düşünülmektedir. Zira 1982 Anayasasının gerekçesinde 72. madde kapsamı dışında kalan hizmetlerin

burada sayılan istisnalar arasına girdiği ifade edilmiştir⁶⁶. Anayasanın 72. maddesinde askerliğin sadece, her Türk genç erkek birey için zorunlu tutulan vatan hizmeti noktasında ele alındığına göre⁶⁷, bunun dışında kalan ve askerliği bir meslek olarak yapan kişilerin yaptığı işler de, bu gerekçeye göre, zorla çalıştırma yasağının istisnaları arasında kabul edilmektedir⁶⁸.

Dolayısıyla, düzenlemenin zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için şu ana kadar tüm şartlar sağlanmıştır. Ancak tüm şartlar bir zincirin halkası misali birbirine bağlı olduğundan son olarak TSK Personel kanunundaki düzenlemenin, “ceza tehdidi” içerip içermediği incelenecektir.

3. Ceza Tehdidi Kavramı ve Zorunlu Hizmet Süresi Öncesi TSK'dan Ayrılmada Öngörülen Yaptırımların “Ceza Tehdidi” İçerip İçermediği Sorunu

(a) Ceza Tehdidi Kavramı

Çalışmamızda daha önce de belirtildiği üzere, bir çalışma yükümlülüğünün “zorla çalıştırma” olarak nitelendirilebilmesi için gereken şartlardan biri de o yükümlülüğün bir ceza tehdidi altında yapılması, başka bir deyişle, bu çalışmadan vazgeçilmesi halinde bir yaptırımla karşılaşma ihtimalinin, onu gönülsüz olarak sürdürdüğü çalışmayı sona erdirmekten men etmesidir.

Peki, bu “ceza tehdidi” deyimini, sadece “hürriyeti bağlayıcı ceza”⁶⁹ olarak mı düşünmek gerekir? Yapılan araştırmalar neticesinde

⁶⁶ ÖZER, s. 94.

⁶⁷ MADDE 72- Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.

⁶⁸ Aksi yöndeki görüş için bkz. KARAN, Ulaş, “Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed. İNCEOĞLU, Sibel, Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 171.

⁶⁹ Doktrinde, “hürriyeti bağlayıcı ceza” ifadesi yerine, bununla aynı anlama gelmesine rağmen daha genel bir deyim olarak “hapis cezası” kavramı kullanılmıştır. Bkz. ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / BACAŞIZ, Pınar / DOĞAN, Koray / TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2010, s. 541; ÖZTÜRK, Bahri /

Anayasa Mahkemesi kararlarında ceza tehdidi kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında verilmiş herhangi bir karara rastlanmamış olmakla beraber, AİHM’ nin vermiş olduğu kararlar bu noktada daha aydınlatıcı özellikler taşımaktadır.

AİHM, önüne gelen 1980 tarihli DEWEER / BELÇİKA kararında⁷⁰, ceza türleri bakımından sadece hürriyeti bağlayıcı cezayı saymayıp; para cezasının ve mallar üzerinde hak kaybının öngörülmesinin de birer ceza tehdidi olarak kabul edilebileceğini değerlendirmiştir. Bu karar her ne kadar doğrudan doğruya zorla çalıştırma yasağı ile ilgili olmasa da, mahkemenin hürriyeti bağlayıcı ceza (hapis cezası) haricindeki yaptırım tehditlerini de “ceza tehdidi” olarak gördüğünü ortaya koyması açısından önemlidir.

Ancak konumuzla doğrudan bağlantılı olması bağlamında, AİHM tarafından bu konuda verilen en açıklayıcı karar, çalışmamızda daha önce de yer verdiğimiz, VAN DER MUSSLE / BELÇİKA kararıdır⁷¹. Mahkeme bu kararda stajyer avukat olarak görev yapan ama aynı zamanda Belçika iç hukuk kuralları gereği belli sayıda davaya girme yükümlülüğü olan başvurunun savunma yapmaktan çekinmesi sonucunda öngörülen yaptırım ihtimallerinin “stajyer listesinden silinmek” ve “avukatlık levhasına yazılma başvurusunun reddi” olduğunu tespit ettikten sonra bu ihtimallerin birer cezai tehdit kabul edilemeyeceğini belirtmiş ise de, bu tespiti sadece somut olay üzerinde yapmıştır. Zira kararın ayrıntılarında da belirtildiği üzere stajyer bu yaptırımlardan biri ile karşılaşsa bile, hukukçuluk sıfatını kullanmaya devam edebilecektir. İşte mahkeme somut olayda, söz konusu yaptırımların başvuru açısından, “herhangi bir sıfatın kullanılmaması”

ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2014, s. 410. Yine doktrinde hapis cezalarının, özgürlüğü (hürriyeti) bağlayıcı ceza olduğu yönündeki beyan için bkz. ÖZBEK, Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Ankara, 2013, s. 93.

⁷⁰ AİHM Kararı, BN. 6903 / 75, KT. 27.02.1980. Kararın Türkçeye çevrilmiş tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=3>, ET. 12.04.2014.

⁷¹ Bkz. Agk, Paragraf: 19, 35.

sonucunu doğurmaması dolayısıyla somut olayı göz önünde bulundurarak bunun cezai bir tehdit olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir.

Bu karardan da anlaşılmaktadır ki, cezai tehdit sadece hürriyeti bağlayıcı ceza (hapis) olarak algılanmamalı, ancak bunun dışındaki aynı nitelikteki mesleği devam ettirememesi ve benzeri ağırlıktaki durumlar da ceza tehdidi olarak kabul edilebilmektedir.

Dolayısıyla, çalışılan meslekten ayrılma durumunda hürriyeti bağlayıcı cezalar dışındaki yaptırım ihtimallerinin ceza tehdidi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, somut olayın özelliklerine ve olaydaki yaptırımın kişideki etkisine göre değişiklik gösterebilirken; yaptırım ihtimalinin hapis gibi hürriyeti bağlayıcı bir ceza olma ihtimalinin ceza tehdidi olarak kabul edileceği ve zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirileceği hususunda kanımızca bir şüphe söz konusu değildir.

(b) Uzun Süreli Firar Fiili'nde Öngörülen Cezanın “Ceza Tehdidi” Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu

Üstteki açıklamalar sonrasında, TSK Personel Kanunu'nda disiplin yaptırımı olarak “Türk Silahlı Kuvvetlerinden Çıkarma Cezası” halleri arasında sayılan, aynı zamanda Askeri Ceza Kanunu'nda da suç olarak nitelendirilen ve yapılması halinde hapis cezası öngören, nihayet uygulamada mecburi hizmet süresinden önce ilişik kestirmek için en çok başvuru alan “uzun süreli firar” fiili bakımından bir inceleme yapmak gerekliliği hâsıl olmaktadır.

Askeri Ceza Kanunu'nun 66. maddesi “Firar ve Cezası” başlığı ile şu şekilde düzenlenmektedir:

1) Aşağıda yazılı askeri şahıslar bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur⁷²:

⁷² Kanunda bu açıkça düzenlenmemiş ise de, uygulamada 1. fıkra ile 2. fıkra farklı şekillerde nitelendirilmektedir. Buna göre, ilk fıkra “firar suçu” diye nitelendirilirken;

- (a) Kıt'asından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşanlar,
- (b) Kıt'asından veya görevini yapmakta olduğu yerden izin, istirahat veya hava değişimi alarak ayrılanlardan, dönmeye mecbur bulundukları günden itibaren altı gün içerisinde özürsüz olarak gelmeyenler,
- 2) Aşağıda yazılı hallerde hapis cezası iki yıldan aşağı olamaz.
 - (a) Suçlu, silah, mühimmat ve bunların teçhizat veya nakil vasıtalarından ve hayvanlardan birini veya ordu hizmetine tahsis edilen herhangi bir şeyi beraberinde götürmüş ise;
 - (b) Suçlu hizmet yaparken kaçmış ise;
 - (c) Suçlu mükerrir ise;
- 3) Seferberlikte bu maddede yazılı mehiller yarıya indirilir."

Kanun hükmünden de anlaşıldığı üzere, tek başına firar fiili için (1. veya 2. fıkradaki hallerin gerçekleşmesi) 1 – 3 yıllık bir hapis cezası öngörmüş; 2. fıkra da nitelikli haller sayılarak bu hallerin işlenmesi halinde cezanın alt limitinin en az 2 yıl olacağı emredici bir hükümle ifade edilmiştir. Hatta 3. fıkra da, seferberlik halinde durumun olağanüstülüğü de göz önünde bulundurularak firar suçunun işlenebilmesi için kanunda öngörülen sürelerin yarısı yeterli olacağı hükmüne yer verilmiştir. Daha açık bir ifadeyle, olağan dönemde bir asker kişi, kıt'asından 6 günden fazla uzaklaşmadan firar cezası işlenemeyecekken, olağanüstü dönemlerde 3 günden fazla uzaklaşmış olması, firar suçunun işlenmiş olması bakımından yeterli olacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) cezanın belirlenmesinden sonra yer verdiği ve nihai cezayı belirleyecek olan "Takdiri İndirim Nedenleri" başlıklı 62. maddesi uyarınca, verilecek cezanın 1/6 oranında indirilebileceği ifade edilmektedir⁷³. Şu halde de anlaşılmaktadır ki,

ikinci fıkra izin aldığı bir durumda kıt'asına veya görev yaptığı başkaca bir yere geri dönmeyen bahsettiğinden "izin tecavüzü" olarak adlandırılmaktadır.

⁷³ **Madde 62** - (1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

ağırlaştırıcı nedenler olmadığı takdirde suç sonucunda çok az bir ceza öngörülmektedir.

Bunun yanında, TCK m. 51⁷⁴ ve Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) m. 231⁷⁵ maddeleri uyarınca, iki yılın altındaki hapis cezalarında, daha önceden herhangi bir suçtan hüküm giymemiş olan ve daha sonra da suça karışmayacağı yönünde kanaat uyandıran kişiler hakkında cezanın ertelenmesine veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Yine, TCK m. 49'da bir yıl ve altındaki süreli hapis cezalarının kısa süreli hapis cezaları olduğu öngörülmüş, m.50'de ise, kısa süreli hapis cezalarının adli para cezası veya alternatif yaptırımlara

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.

⁷⁴**TCK.Madde 51:**(1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;

a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,

b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, gerekir.

(8) Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

⁷⁵**CMK. Madde 231:**

(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl* veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir.

çevrilebileceği hükmüne yer verilmiştir⁷⁶. Her üç maddede hakime bu konuda takdir yetkisi bırakılmış ise de, bu sadece askeri nitelikli bir suç olduğundan diğer şartlar da sağlandığı takdirde firar suçundan ceza almış kişiler, hürriyeti bağlayıcı ceza çekmeden bu cezanın sonuçlarından kurtulabilecek, hatta bu suçu hiç işlememiş dahi sayılabilecektir.

Tüm bu maddeler bir arada değerlendirildiğinde; acaba, TSK bünyesinde daha fazla görev yapmak istemeyen ve 10 yıllık zorunlu hizmetini tamamlamadan ilişkisini kestirmek istese ve bunun için de firar yolunu seçse, bunun karşılığında kendisi için Askeri Ceza Kanununda öngörülen ceza, bir cezai tehdit niteliğinde değerlendirilebilecek midir?

Bu sorunun yanıtı, 2012 ve 2013 yıllarında Anayasa Mahkemesi tarafından Askeri Ceza Kanunu'ndaki bazı hükümlerin iptaline ilişkin verilen karardan önceki ve sonraki süreçte ciddi farklılıklar arz etmektedir.

Askeri Ceza Kanunu'nda firar suçu için öngörülen asında ceza süreleri kural olarak 1-3 yıl arasında değişiyor iken ve Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bahsi geçen maddeleri iki yılın altındaki hapis cezalarında cezanın ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi yollarını açmışken, Askeri Ceza Kanunu'nda bu genel prensiplerin tam aksine düzenlemeler mevcut idi.

⁷⁶ **Madde 50** - (1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a) Adli para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir.

Buna göre, Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesi ile kanuna eklenen Ek – 8 ve Ek - 10 numaralı maddeler, tüm bu düzenlemelerin önünü kapamaktaydı. Buna göre kanunun 47. maddesinin (A) bendinde “*Askeri mahkemelerden Askeri Ceza Kanununun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlardan*⁷⁷ *dolayı verilen cezalar tecil edilemez ve para cezasına veya tedbirlerden birine de çevrilemez. Aynı Kanunun Üçüncü Babının Üçüncü Faslı ile*⁷⁸, *84 üncü maddesi hariç olmak üzere 5 inci faslında ve 130 uncu maddesi hariç olmak üzere sekizinci fasıllarında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez.*”

Bu hükümle birlikte, Askeri Ceza Kanununun 3. Babının 3. faslı içinde yer alan firar suçunun işlenmesi halinde, bu suçtan alınacak cezalarda cezanın ertelenmesi yoluna başvurulamayacağı yönünde bir hüküm getirilmiştir.

Yine kanunun Ek – 8 Nolu maddesinde; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümlerinin bu kanun kapsamında da uygulanacağı ifade edildikten sonra; “*sırf askeri suçlar ile, kanunun bu kanunun 3. Babının 4. faslında yazılı suçlar hakkında kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz.*” hükmüne yer verilmiştir.

Son olarak Askeri Ceza Kanununa eklenen Ek – 10 Nolu maddenin 2. fıkrası gereğince; “*Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları uygulanmaz.*” kuralı ile, firar suçu da dahil, askeri ceza kanunundaki hiçbir suç için, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilememesi kuralına yer verilmiştir.

Bu dönemde uygulamadaki neredeyse tüm davalarda Firar Cezasını işleyen kişilere ceza aşağı haddten 1 yıl olarak verilmiş ve takdiri indirim nedenleri de uygulanarak ceza 10 aya düşürülmüş, Ceza ve Güvenlik

⁷⁷ Bunlar; 79. maddede yer alan “Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirme”, 80. maddede yer alan “Başkasını Askerliğe Yaramayacak Hale Getirme” ve nihayet, 81. maddede yer alan “Askerlikten kurtulmak için Hile Yapmak” suçlarıdır.

⁷⁸ Bu faslında da, firar cezasının da dahil olduğu 16 suç bulunmaktadır.

Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGİK) m.107 / 2 hükümleri gereğince cezasının 2 / 3'lük bir kısmını çektikten sonra (ki bu dönem toplamda 6 ay 20 günlük bir zamana tekabül etmektedir.) cezanın infazı süresince gösterdikleri iyi halleri göz önünde bulundurularak koşullu salıvermeden yararlanmışlardır.

Başka bir anlatımla, bu kanun hükümlerinin yürürlükte bulunduğu dönemde, TCK ve CMK.'nın genel mantığı olan ağır hapis cezası almamış kişilerin hürriyeti bağlayıcı ceza ile karşı karşıya kalmaması prensibinin aksine, TSK ile bağlarını koparmak isteyen ve Türk Silahlı Kuvvetlerinden Çıkarma Cezası'nı gerektiren firar fiilini gerçekleştirerek mecburi hizmet süresini doldurmadan, ordudan atılmak isteyen bir kişinin, ceza kanunundaki tüm özgürlükçü hükümlerin önü kapanarak, ne pahasına olursa olsun hapis cezasını çekmesi söz konusu olmuştur. Bunu göze alamayan kişiler ise sonradan kendilerine uygun olmadığını düşündükleri ve çalışmak istemedikleri bir meslekte 10 yıl süre ile çalışmak zorunda bırakılmıştır ki; açıklanan hükümler uyarınca TSK ile ilişkisini bu süreden önce kesmek isteyen bir kişi, ceza tehdidi altında çalışmak zorunda bırakıldığından burada zorla çalıştırma yasağının cezai tehdit şartının sağlandığı noktasında kanımızca şüpheye yer bulunmamaktadır.

Ancak, 2012 yılında Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi yoluyla önüne gelen davalarda Askeri Ceza Kanununu bu maddelerden arındırmıştır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, 2012 yılında önüne gelen ve aynı yıl karara bağladığı davada⁷⁹, Mahkeme, *“Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Yasa koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel*

⁷⁹ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, E. 2012 / 9, K. 2012 / 103, KT. 21.11.2012. Kararın tam metnine ulaşmak için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/695cca4f-e1f0-4c13-9eec-5c2a92eb0927?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 13.04.2014.

ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların seçenek yaptırımlara çevrilebileceği veya ertelenebileceği ve hangi suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir yetkisinin kullanılmasında suçun askeri suç olup olmamasının da dikkate alınacağı açıktır.” diyerek bu konuda düzenleme yapma yetkisinin kanun koyucuda olduğunu belirtmiş ise de, ölçülülük ilkesi gereğince; cezanın ertelenememesi öngören Askeri Ceza Kanunu'nun 47 / (A) bendinin ilgili hükmünü, kısa süreli hapis cezalarının para cezası veya alternatif cezalara çevrilememesini içeren Ek – 8 Nolu maddeyi ve nihayet aynı gerekçelerle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bu suçlarda uygulanamayacağına dair Askeri Ceza Kanunu'nun Ek – 10 Nolu maddesini İPTAL ederek, firar suçunda hapis cezasının tek yaptırım olma zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır⁸⁰.

Ancak, iptal kararı ile beraber Askeri Ceza Kanununda da uygulanabilir hale gelen bu maddeler, lâfzî yoruma tabi tutulduğunda hala firar cezası için ceza tehdidinden tamamen arındığı anlamı çıkmamaktadır. Zira bu maddelerin her birinde hâkime takdir yetkisi verilmiştir ve dolayısıyla bu tür kısa süreli hapis cezasını gerektiren “tam askeri suç” niteliğindeki suçlar konusunda da hâkim, alternatif tedbirlerin uygulanmasına yer olmadığına dair karar vererek cezanın infazına da karar verebilir.

Dolayısıyla Türk Silahlı Kuvvetlerinden, kanunda öngörülen süreden önce çıkarılma sebepleri içinde olup da aynı zamanda Askeri

⁸⁰ Ancak, Anayasa Mahkemesi, 2013 yılında verdiği bir kararda, 'silahında dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu yaralanmaya sebebiyet vermek suçunu' işlediği iddiası ile açılan davada, anılan suç türünün ilk kararda gerekçeleri belirtilerek iptaline karar verilen maddelerin iptal gerekçelerini içerdiğini tespit ederek, ilginç bir karara imza atıp aynı maddelerin aynı gerekçelerle ikinci kez iptaline karar vermiştir. (Bkz. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, E. 2012 / 80, K. 2013 / 16, KT. 17.1.2013.)

Ceza Kanunu kapsamında suç olarak addedilen ve karşılığında ceza öngören faaliyetlerde bulunup da mecburi hizmet süresi dolmadan kurumdan ayrılmak isteyen astsubay ve subaylar, çalışmak istememeleri durumlarda hürriyeti bağlayıcı ceza ile de karşı karşıya kalmaktadırlar

Her ne kadar özellikle Askeri Ceza Kanununda yer alan bazı suçlar bakımından hapis cezası zorunlu olmaktan çıkarılmış olsa da, açıklanan gerekçelerle bu durum tam askeri suç işleyen kişilerin hürriyeti bağlayıcı ceza tehdidinden tamamen kurtulduğu anlamına gemlememektedir.

SONUÇ

Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu m. 112’de, 2012 yılına kadar 15 yıl olarak öngörülen, ancak daha sonra yapılan yasa değişikliği ile 10 yıl olarak belirlenen süre içinde, bu kurum bünyesinde subay ve astsubay olarak istihdam edilenlerin, subay veya astsubay olarak naspedildikleri tarihten başlayarak istifa etmelerinin söz konusu olamayacağı normu yer almaktadır. Başka bir deyişle, subay veya astsubay olarak naspedilen bir kişi, daha sonradan bu mesleğin kendisine uygun olmadığını düşünmesi veya farklı hayatsal gerekçelerle askerlik mesleğini sürdürmek istememesi halinde kendi isteği ile istifa edebilme hakkından men edilmiştir.

Aynı maddenin 5. fıkrasında ise, kanunda öngörülen istisnai (vazife malulleri ve “görev yapamaz” raporu alanların durumları gibi) haller dışında her ne şekilde olursa olsun mecburi hizmet süresi dolmadan ayrılan veya ilişkisi kesilenlerin ciddi bir miktar tazminat ödeyecekleri belirtilmiştir.

Çalışmamızda da işte bu kanun hükümlerinden yola çıkılarak, Türk Silahlı Kuvvetleri’nden 10 yıl gibi kanımızca uzun bir süre istifa edemeyen ve ancak disiplin işlemleri sonucunda TSK’ dan çıkarmalarına hükmedilerek karşılığında yüklü tazminat ödeme ve hatta bazı hallerde hapis cezası tehdidi ile karşı karşıya kalan subay veya astsubayların bu

dönemde zorla çalıştırma yasağı ile karşı karşıya kalıp kalmadıkları tartışılmıştır. Bu kapsamda çalışmamız iki bölümden oluşmuştur.

İlk bölümde “zorla çalıştırma yasağı” kavramı ayrıntıları ile incelenmeye çalışılmış bu kapsamda ilk olarak kavramsal olarak bu ilkenin ne anlama geldiği, kendisine kaynaklık eden uluslararası sözleşmelerdeki tanım ve unsurlar da dikkate alınarak açıklanmış, sonrasında gerek uluslar arası sözleşmelerde gerekse Anayasamızda bu kavramla birlikte kullanılan diğer kavramların “zorla çalıştırma yasağından farkları” irdelenmiş nihayet; zorla çalıştırma yasağının günümüze kadar geçirdiği aşamalar tarihi sürece bağlı kalınarak açıklanmıştır.

“Zorla çalıştırma yasağı” kavramı ilk bölümde böylece açıklandıktan sonra, ikinci bölümde Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunundaki bahsi geçen düzenlemenin şartları ayrıntılı olarak incelenmiş ve bu maddeye bağlı olarak ortaya çıkabilecek ihtimallerin, istifa alternatifsiz 10 yıllık mecburi hizmet süresini, zorla çalıştırma yasağına aykırı hale getirip getirmeyeceği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında incelenmiştir.

Çalışmamızda incelenen kararlar ve sözleşme hükümlerinin bir arada değerlendirilmesi neticesinde, zorla çalıştırma yasağının 5 temel unsurdan oluştuğu ve bu unsurların hepsinin birden varlığı halinde fiilin “zorla çalıştırma” olarak nitelendirilebileceği değerlendirilmiştir. Buna göre kişi belli bir ücret karşılığında bir iş yapmalı, bu işi istemeden (zorunlu) yapmalı, bu zorunluluk kişinin kendi iç dünyasından çok dış faktörlerin onda yarattığı baskından kaynaklanmalı, kişinin çalıştığı iş ILO Sözleşmeleri, AİHS ve Anayasamızda belirtilen ve zorla çalıştırma olarak değerlendirilemeyecek istisnalardan olmamalı ve nihayet bu zorunluluk bir ceza tehdidinden kaynaklanmalıdır.

Özellikle de ceza tehdidi noktasında, TSK'nden ilişkin kesilmesini gerektiren bazı hallerin (firar ve izin tecavüzü suçları) Askeri Ceza Kanununda suç olarak yer aldığını ve bunlar için – Anayasa mahkemesinin kararları sonrasında yapılan iyileştirmelere rağmen - hapis

cezası öngörüldüğü göz önüne alındığında, kişinin ceza tehdidi dolayısıyla bu fiilleri işlemeyerek zorunlu olarak mecburi hizmet süresinin bitimine kadar çalışmaya devam ettiği, bunun da zorla çalıştırma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

Kanımızca, “ceza tehdidi” sadece hürriyeti bağlayıcı cezalara maruz kalma ihtimali olarak algılanmamalıdır. Çalışmamız içinde değindiğimiz AİHM kararlarında da belirtildiği üzere, parasal yaptırımlar da “ceza” kavramı içinde değerlendirilebilmelidir. Özellikle ülkemizde kişi başına düşen milli gelir, astsubay ve subayların maaşları, Türk Silahlı Kuvvetleri’nden çıkartıldıktan sonra belli bir süre işsiz kalma ihtimali gibi faktörler göz önünde bulundurulduğunda, ayrılmakla belli bir süre işsizlik riski ile karşı karşıya kalacak bir kişiye, bir de eğitim döneminden başlayarak yapılan tüm masrafların tüm kalemleri ve faizi yükletilme ihtimali karşısında, bu parayı ödemeyi göze alamayan bir subay veya astsubay istemeyerek bu sürenin dolmasına kadar çalışmaya devam eder ki, bu faktörler göz önünde bulundurularak istenen para kanımızca “ceza” olarak algılanabilir niteliktedir.

Çalışmamızın sonunda, TSK Personel Kanununun 112. maddede düzenlenen 1. ve 5. fıkra hükümlerinin Anayasamızın 18. maddesinde düzenlenen zorla çalıştırma yasağına aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKIN**, İlhan F., *Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.
- ANAYURT**, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ÇAĞAN**, Nami, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.
- DEMİR**, Fevzi, *Anayasa Hukuku*, İzmir, 2012.

- DOĞAN**, İlyas / **ÖZDEMİR**, Omca, “Kölelik ve Kulluk Yasağı”, *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, Astana Yayınları, Ankara, 2013.
- GEMALMAZ**, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt – 1*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- GÖREN**, Zafer, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref / **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2011.
- KALABALIK**, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- KARAN**, Ulaş, “Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed. İNCEOĞLU, Sibel, Beta Basım, İstanbul, 2013.
- KUZU**, Burhan, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul, 1990
- MUMCU**, Ahmet, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Savaş Yayınları, Ankara, 1992.
- ÖZBEK**, Veli Özer / **KANBUR**, Mehmet Nihat / **BACAKSIZ**, Pınar / **DOĞAN**, Koray / **TEPE**, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2010.
- ÖZBEK**, Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Ankara, 2013.
- ÖZER**, Attila, Gerekçeli ve 1961 Anayasası İle Mukayeseli 1982 Anayasası, Lazer Ofset, Ankara, 1996.
- ÖZTÜRK**, Bahri / **ERDEM**, Mustafa Ruhan, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, 2014.
- ŞAHİN**, Sultan / **POLAT**, Oğuz, “İnsan Ticareti ve Fuhuşun Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde

Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 5, S. 16, s.

TANÖR, Bülent / **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 2013.

UZ, Abdullah / **AYDIN**, Feridun / **DEMİRCİOĞLU**, Mustafa / **BABACAN**, Hüseyin Güngör, *Mecburi Hizmet Yükümlülüğü ve Eğitim – Öğretim Giderlerinden Kaynaklanan Tazminat Davaları*, Adalet Basımevi, Ankara, 2010.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>.

http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsan_ve_Yurtta%C5%9F_Haklar%C4%B1_Bildirisi.

http://tr.wikisource.org/wiki/Magna_Carta_Libertatum.

<http://www.dusuncetarihi.com/makale/virginia-insan-haklari-bildirisi-1776>.

http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_29.htm.

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53440c159a70d4.71430452.

WHY SHOULD THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT ADOPT PLEA BARGAINING?

Research Assistant Volkan MAVİŞ*

Abstract

Since its establishment in 2002, the International Criminal Court (ICC) has faced many obstacles in bringing the instigators and perpetrators of crimes to justice. Many solutions have been offered on solving these difficulties which are mainly legal, procedural and economical. One suggestion which has been made is the issue of plea bargaining. This procedure, which is controversial both in national and international level, has already been applied by other international criminal tribunals such as the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), and International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). However, there is a danger that the misuse of plea bargaining by these international tribunals plants since of doubt on lawyers' minds. In this article, the author discusses the possibility of the ICC adopting plea bargaining system and its proceedings. In this regard, it will also consider the pros and cons of adopting a plea bargaining system in achieving justice for the victims of the world's most heinous atrocities.

Keywords: Plea bargaining, International Criminal Court, restorative justice, *Ad hoc* tribunals

* Inonu University Law Faculty, volkanm@hotmail.com.tr

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ UZLAŞMA KURUMUNU NEDEN KABUL ETMELİ?

Özet

Uluslararası Ceza Mahkemesi, 2002’de kurulmasından bu yana failleri ve azmettirenleri adalet önüne getirmekte sorunlar yaşamakta. Özellikle hukuksal, usule ilişkin ve ekonomik içerikli bu sorunlara yönelik pek çok çözüm yöntemi tartışılmış bulunmaktadır. Uzlaşma kurumu da bu çözüm yöntemlerinden birisidir. Gerek iç hukukta gerekse uluslararası hukukta tartışmalı olan bu kurum, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi diğer uluslararası mahkemeler tarafından uygulanmaktadır. Öte yandan, uzlaşma kurumunun hatalı kullanımı hukukçuları kuşkuya sevk etmiştir. Bu makalede, Uluslararası Ceza Mahkemesinin uzlaşma kurumunu kabul etmesi ihtimali tartışılacaktır. Bu bağlamda, dünyanın en ağır ihlallerine karşı mağdurlara adalet sunulması bakımından kurumun olumlu ve olumsuz yönleri incelenecektir.

Anahtar Sözcükler: Uzlaşma, Uluslararası Ceza Mahkemesi, yapıcı adalet, ad hoc mahkemeler

1. Introduction

The international community has experienced many grave atrocities in the past. The Holocaust in the Second World War and the Rwandan Genocide are the only two vivid examples of such massive brutalities occurred in not so distant past. Although international actors failed to avoid these unacceptable events in the first place, they eventually responded to bring the perpetrators to justice by establishing special international criminal courts such as the Nuremberg and Tokyo Tribunals¹. Today, 68 years after the Nuremberg experience, international criminal law has achieved many imponderable results such as conviction

¹ See May, R. / Wierda, M. (1999) ‘Trends in international Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, the Hague, and Arusha’, *Colombia Journal of Transnational Law*, 37(3), at 728.

of a former president². However, the international criminal courts are still faced with serious criticism on many fronts such as expensiveness of the procedure. However, international lawyers have focused on their attention on possible options to make the ICC more effective and less costly³.

Today, the ICC in step with other international courts and tribunals is struggling to address problems specially related to the caseload and resources. Although the ICC has approximately 120 million euros budget annually.⁴ The Court has completed only one trial since its establishment in 2002.⁵ Therefore, millions of euros have been spent, while no palpable success has been achieved. It can be argued that the ICC needs a new approach which can alleviate the heavy workload of the Court. In this regard, plea bargaining could be used as a powerful method which should be adopted by the Court. *Ad hoc* tribunals have already adopted plea bargaining in the past. According to the records of the ICTY 20 out of 161 of the defendants entered guilty plea.⁶ In other words, plea bargaining helped the ICTY to reduce more than 10% of its caseload. Thus, plea bargaining is an efficient alternative procedure which may work for the ICC as in the case of the ICTY. This paper aims to give convincing arguments to show that plea bargaining may affect the mechanism of the ICC in a positive manner. The first section will explain the background of plea bargaining in international criminal law. The second section would

² *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Judgement, ¶ 6890, Case No: SCSL-03-01-T, (18.05.2012).

³ Friman, H. (2008) 'Cooperation with the International Criminal Court: Some Thoughts on Improvements under the Current Regime', in Politi, M. & Gioia, F. (eds.), *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Aldershot: Ashgate, at 93-103 & 93-94.

⁴ Assembly of State Parties, 'Report of the Court on Impact of Measures to Bring the Level of the International Criminal Court's Budget for 2014 in Line with the Level of the 2013 Approved Budget', ICC-ASP/12/1, (27.01.2015).

⁵ The Guardian (2012) 'Thomas Lubanga Sentenced to 14 Years for Congo War Crimes', [online] Available at: <www.guardian.co.uk/law/2012/jul/10/icc-sentences-thomas-lubanga-14-years> (Accessed 07.02.2015).

⁶ International Criminal Tribunal for former Yugoslavia (2013) 'Key Figures of the Cases', [online] Available at: <www.icty.org/sections/TheCases/KeyFiguresoftheCases> (Accessed 07.02.2015).

consider the main benefits of plea bargaining. Finally, this paper will consider the criticisms on plea bargaining and would recommend when plea bargaining mechanism should be utilized by the ICC.

2. Plea Bargaining at the International Criminal Tribunals

Although there is no particular universally accepted definition of the term of “plea bargaining”, it can be defined as the prosecutor’s offer of sentencing privileges in return for the defendant’s entry of the guilty plea⁷. These concessions can differ case by case with regard to diverse circumstances. In general, two categories of plea bargaining are used in international criminal law⁸. The first is charge bargaining, where the prosecutor offers to dismiss some of the charges to a lesser one in exchange for a guilty plea⁹. The second is sentence bargaining, where the prosecutor recommends a reduced sentence to the court, if the accused were to plead guilty¹⁰. Moreover, the defendant may be promised other concessions such as special prison conditions or a safe haven for his family members. In *Rutaganira* case, the Prosecutor recommended that the accused serve his sentence in a European state as a concession for his cooperation¹¹.

It is a fact that plea bargaining is one of the most controversial topics in criminal law¹². The idea of deal-making between the prosecutor and the accused creates a moral dilemma¹³. Although, various

⁷ Combs, Nancy A. (2002) ‘Copping a Plea to Genocide: The Plea Bargaining of International Crimes’, *University of Pennsylvania Law Review*, 151(1), pp.1-157, at 4.

⁸ Kovarovic, K. (2011) ‘Pleading for Justice: The Availability of Plea Bargaining as a Method of Alternative Dispute Resolution at the International Criminal Court’, *Journal of Dispute Resolution*, 2011(2), pp.283-308, at 289.

⁹ Rauxloh, Regina E. (2010) ‘Negotiated History: The Historical Record in International Law and Plea Bargaining’, *International Criminal Law Review*, 10(5), pp.739-770, at 741.

¹⁰ Kovarovic, at 289.

¹¹ *Prosecutor v. Vincent Rutaganira*, Minutes of Proceedings, ¶ 1-C, Case No: ICTR-95-1C-T, (17.01.2005)

¹² Generally see Smith, Douglas A. (1986) ‘The Plea Bargaining Controversy’, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 77(3), pp.949-968.

¹³ Pollock, Joycelyn M. (2010) *Ethical Dilemmas & Decisions in Criminal Justice*, Belmont: Wadsworth, at 16.

interpretations have made by international lawyers on plea bargaining, both opposing sides take the stand on mainly two arguments. Some believe that plea bargaining is an economic and fast way to deal with growing caseload because of the lack of resources and time for criminal tribunals¹⁴. On the other hand, opponents argue that plea bargaining sacrifices justice by rewarding the defendant for cooperation¹⁵.

Today, plea bargaining is a reality in international criminal law, while there are passionate arguments against it¹⁶. The idea of using plea bargaining at an international court had been resisted for a long time. The negotiating with the perpetrators of core crimes was considered inappropriate in terms of the aim of achieving international justice¹⁷. In 1994, the former President of the ICTY, Antonio Cassese clearly explained the rejection of plea bargaining:

*“[W]e always have to keep in mind that this Tribunal is not a municipal criminal court but one that is charged with the task of trying persons accused of the gravest of all crimes. The persons appearing before us will be charged with genocide, torture, murder, sexual assault, wanton destruction, persecution and other inhumane acts. After due reflection, we have decided that no one should be immune from prosecution for crimes such as these, no matter how useful their testimony may otherwise be.”*¹⁸

¹⁴ Damaska, M. (2004) ‘Negotiated Justice in International Criminal Courts’, *Journal of International Criminal Justice*, 2(4), pp.1018-1039, at 1028.

¹⁵ Rauxloh, Regina E. (2011) ‘Plea Bargaining – A Necessary Tool for the International Criminal Court Procedure’, *Judicature*, 94(4), pp.178-185, at 178.

¹⁶ Scharf, Michael P. (2004) ‘Trading Justice for Efficiency: Plea-Bargaining and International Tribunals’, *Journal of International Criminal Justice*, 2(4), pp.1070-1081, at 1070-1071.

¹⁷ Turner, Jenia I. (2013), ‘Plea Bargaining’, in Carter, L. and Pocar, F. (eds.) *International Criminal Procedure: The Interface of Civil Law and Common Law Legal Systems*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp.34-65, at 41.

¹⁸ Morris, V. / Scharf, Michael P. (1995) *An Insider Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis*. Vol. II, New York: Irvington-on-Hudson, at 652.

However, in the following years in a complete turnaround from its previous policy, the ICTY changed its approach to plea bargaining¹⁹. In 2003, the ICTY started to pursue plea bargains because of the caseload and pressure from the United Nations²⁰. To date, twenty defendants have entered guilty plea at the ICTY²¹. Moreover, the ICTR, the Special Court for Sierra Leone and the Iraqi Special Tribunal have applied plea bargaining mechanism²².

On the contrary, the situation has been different in the case of the ICC. Rome Statute does not include any definite statement on plea bargaining. Article 65(5) of the Rome Statute states: “any discussions between the Prosecutor and the defence regarding modification of the charges, the admission of guilt or the penalty to be imposed shall not be binding on the Court”²³. Accordingly, the Statute is silent on whether the use of plea bargaining is allowed or prohibited²⁴. It can be seen that the ICC has not followed the trend as in the case of its counterparts. In the following section, the paper will examine circumstances in which making plea bargaining could be considered as a desirable method.

¹⁹ Clark, Theresa M. (2003) ‘Transplant Justice?: The Efficacy of a Purely Common Law Concept in the International Criminal Forum’, (2003) 9 *Buffalo Human Rights Law Review* 75, footnote 108 citing suggestions made by the Government of the United States of America, rules and procedures and evidence for the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Former Yugoslavia.

²⁰ Cook, Julian A. (2005) ‘Plea Bargaining at the Hague’, *The Yale Journal of International Law*, 30(2), pp.473-50, at 475.

²¹ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (2015) ‘Guilty Pleas’, [online] Available at: <www.icty.org/sections/TheCases/GuiltyPleas> (Accessed 07.02.2015)

²² For example, *Kargbo* entered a guilty plea at a preliminary hearing, *Independent Counsel v. Hassan Papa Bangura, Samuel Kargbo, Santigie Borbor Kanu and Brima Bazy Kamara*, Sentencing Judgement in Contempt Proceedings, ¶ 76, Case No: SCSL-2011-02-T, (11.10.2012).

²³ Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Doc A/CONE 183/9, (17.07.1998).

²⁴ Kovarovic, ‘Pleading for Justice’, *op. cit.*, at 284.

3. Benefits of Plea Bargaining

3.1. Saving From Resources

All of the international tribunals face with the same chronic diseases; slowness and costliness²⁵. International courts have been criticised on the basis of the fact that they are expensive and time-consuming²⁶. Firstly, the critique on the pace of trial seems valid since even a single case would take months²⁷. However, it should not be forgotten that international courts have been established to deal with the most serious offences such as genocide and war crimes. The brutal nature of these crimes creates challenging obstacles since in most cases thousands of people are victimized. For instance, according to the report of the UN Secretary-General approximately 800,000 people were killed during the Rwandan Genocide, between April and July 1994²⁸. Thus, prosecuting serious crimes which affect a large number of people renders enormous costs and wasted years²⁹. One of the main problems is that the international criminal tribunals are normally located far away from where crimes were committed. As a result, the transfer of witnesses and gathering of evidence for the courts are dilatory tasks³⁰. Moreover, there is the added responsibility of translated submissions to the ICC to other languages which involves extra personnel and technological know-how³¹.

²⁵ Combs, Nancy A. (2007) *Guilty Pleas in International Criminal Law: Constructing a Restorative Justice Approach*, California: Stanford University Press, at 31.

²⁶ Scharf, 'Trading Justice for Efficiency', *op. cit.*, at 1077.

²⁷ For instance, *Lubanga* case has taken 8 years from arrest through appeal. Even the evidentiary phase took almost 30 months. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case Information Sheet, Case No: ICC-01/04-01/06, (15.12.2014).

²⁸ U.N. Secretary-General, 'Report of the independent inquiry into the actions of the United Nations during the 1994 genocide in Rwanda', U.N. Doc S/1999/1257, (16.12.1999).

²⁹ The ICTY's *Blaskic* trial lasted around 2 years and featured 158 witnesses and 1,300 exhibits. Moreover, French version of the transcripts runs more than 18,300 pages. *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Judgement, ¶ 19, Case No: IT-95-14-T, (03.03.2000).

³⁰ See memorandum of understanding between the UN and the ICC concerning cooperation between the UN's organisation mission in the Democratic Republic of Congo (MONUC) and the ICC, 08.11.2005, available at: <www.icc-cpi.int> (Accessed 07.02.2015).

³¹ Kovarovic, 'Pleading for Justice', *op. cit.*, at 292.

The Court also must cover the costs of witnesses and make arrangements for the security before, during, and after the Court.

The obstacles caused by heavy workload are just one side of the coin. Another point is that millions of euros have been spent by the ICC for bringing justice to the victims of international crimes. It is fair to say that the main reason for the above mentioned difficulties trigger greater costs in the case of the ICC. By adopting a different approach to the ICTY and ICTR which were concerned with a single jurisdiction, the ICC may exercise its jurisdiction globally³². Thus, the ICC needs to have capable translators and field-office staff from different cultures since it works on variety of cases at different parts of the world³³. Therefore, inevitably obstacles related to finance and time would emerge in order to conduct a full trial. This is in light of the fact that a significant part of the budget of the ICC is allocated to trial-related expenses every year³⁴. According to the ICC budget in 2013, which amounted to 115 million euros, in other words 90% of the budget was allocated to the judicial operations³⁵. Thus, it is submitted that plea bargaining should be considered as a solution to these negations because of its fast-track nature³⁶. Similarly, in *Plavsic* case, the Trial Chamber of ICTY emphasized that plea bargaining is an advantageous method which may prevent exorbitant and long trials³⁷. An average plea bargaining process is relatively quick in comparison to full-trials. In *Rajic* case, the defendant was sentenced on 8 May 2006, seven months after his indictment³⁸. Accordingly, by doing so, the ICTY prevented incurring heavy costs of a full trial.

³² Rome Statute, article 12.

³³ Combs, *Guilty Pleas*, *op. Cit.*, at 33.

³⁴ Kovarovic, 'Pleading for Justice', *op. cit.*, at 293.

³⁵ See International Criminal Court, "The Court Today" (29 June 2013) <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP12/ICC-ASP-12-10-ENG.pdf> (Accessed 07.02.2015).

³⁶ Rauxloh's *Plea Bargaining - A Necessary Tool*, *op. cit.*, at 182.

³⁷ *Prosecutor v. Biljana Plavsic*, Sentencing Judgment, ¶ 66, Case No: IT-00-39&40/1-S, (27.02.2003).

³⁸ *Prosecutor v. Ivica Rajic*, Sentencing Judgement, ¶ 8, Case No: IT-95-12-S, (08.05.2006).

Plea bargaining can also assist international courts and tribunals for other objectives. It is a fact that achieving justice is not the only task of the international courts. These intuitions are expected to achieve other goals such as easing the misery of mass victimization. Although, international justice in the past was not seen more than exercise of victor's justice, today victims' interest is an essential task of the international criminal justice³⁹. In this sense, the ICC Trust Fund was established to provide support and redress for the victims and survivors of major crimes⁴⁰. However, the Fund is largely considered as a disappointment because of the lack of sufficient resources⁴¹. In this respect, plea bargaining can help other purposes by saving money and time. By doing so, the court will have enough resources to spend more time on listening to the victims' voices, which would have far reaching effect on the ventilation of grievances of the sufferer of international crimes⁴².

3.2. Obtaining Evidence

Another problem facing the International Criminal Court is obtaining evidence. Some scholars are of the opinion that the matter of evidence before the ICC is a significant factor in its development as an effective judicial institution.⁴³ In addition to the locational difficulties mentioned above, the ICC also faces other obstacles. First of all, the absence of enforcement capacity denies the ICC to sustain an effective investigation and prosecution process.⁴⁴ The courts need genuine

³⁹ Fischer, Peter G. (2003) 'The Victims' Trust Fund of the International Criminal Court – Formation of a Functional Reparations Scheme', *Emory International Law Review*, 17(1), pp.187-240, at 192.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Damaska, M. (2009) 'The International Criminal Court between Aspiration and Achievement', *University of California Los Angeles Journal of International Law and Foreign Affairs*, 14(1), pp.19-36, at 31. The critiques seem righteous since only less than 1% of the ICC Budget in 2013 reserved for the Trust Fund.

⁴² Khan, S. Ahmed (2007) *Right of Victims Reparation by International Criminal Court*, New Delhi: APH Publishing, at 1.

⁴³ Gray, Kevin R. (2004) 'Evidence before the ICC', in D. McGoldrick, D. (ed.), *The Permanent International Court*, Portland: Hart Publishing, pp.287-314, at 287.

⁴⁴ Rothe, D. / Meernik, J. David / Ingadottir, T. (2013) *The Realities of the International Justice System*, Martinus Nijhoff, at 154.

cooperation of states in order to ascertain necessary evidence. The lack of cooperation extends the proceedings and cause the violation of the defendant's right to speedy trial⁴⁵. Secondly, the prosecution has difficulties in linking the offense to high ranking individuals regarding the alleged crimes committed. There is no doubt that the International Criminal Court was set up to prosecute main individuals responsible for international crimes. Moreover, in recent years it has had to address the issue of atrocities committed in the course of non-international armed conflict⁴⁶. On the other hand, more often than not, these defendants usually do not leave any trace of their crimes⁴⁷. Thirdly, the international courts and tribunals operate in complex circumstances where conflicts are still going on. Thus, in certain circumstances, due to security considerations it creates a considerable challenge to maintain a large scaled investigation⁴⁸.

It could be argued that the plea bargaining process is a convenient way for the ICC to access the necessary information relatively easy. As mentioned above, it has been used by the ICTR and the ICTY to ascertain vital information. It is fair to say that the *ad hoc* tribunals had the desired outcomes⁴⁹. Many defendants shared their knowledge on other offences in exchange for various concessions. Moreover, in some cases, the offenders even accepted to testify for the prosecution of others as in the case of *Vincent Rutaganira*⁵⁰. Thus, these tribunals accessed information more easily than a long process that it would normally take. In *Kambanda* case,

⁴⁵ Gray, 'Evidence before the ICC', *op. cit.*, at 287-288.

⁴⁶ Dinstein, Y. (2014) *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge U.P., at 177.

⁴⁷ Rauxloh's *Plea Bargaining*, *op. cit.*, at 183.

⁴⁸ Rauxloh, Regina E. (2011) 'Plea Bargaining in International Criminal Justice - Can the International Criminal Court Afford to Avoid Trials?', *The Journal of Criminal Justice Research*, 1(2), pp.1-20, at 16.

⁴⁹ Jackson, D., Tolly, M. & Volcansek, M., *Globalizing Justice: Critical Perspectives on Transnational Law and the Cross-Border Migration of Legal Norms: Essays on Cross-Cultural Encounter*, State University of New York Press, 2010, p. 76.

⁵⁰ *Prosecutor v. Vincent Rutaganira*, Minutes of Proceedings, ¶ 42, Case No: ICTR-95-1C-T, (17.01.2005).

the Prosecutor of the ICTR confirmed that the defendant had provided invaluable information for the Prosecution of others⁵¹. It can be seen that plea bargaining gives a clear message to the international community that no offender can escape prosecution since even the high-ranking officials are aware that the prosecutor may eventually track them down too. The situation in Darfur is a case in point, the President of the Republic of Sudan, *Omar Hassan Ahmad Al Bashir* was alleged to be responsible for crimes against humanity, war crimes and genocide⁵². Today, the evidence against *Al Bashir* is kept secret by the Prosecutor of the ICC. However, Pati believes that if there is a chance for Al-Bashir to escape from prosecution, a possibility of a full trial might be too risky⁵³.

The positive effect of plea bargaining on evidence has been elaborated above. On the other hand, the negotiation between the prosecutor and the defence is a sensitive process. The judges and the Prosecutor at the ICC should be aware of mistakes of *ad hoc* tribunals in the past. In *Kambanda* case, the defendant was sentenced to life imprisonment in defiance of his full cooperation with the ICTR⁵⁴. This decision is completely incompatible with the plea bargaining practice⁵⁵. It could be argued that a court which denies the possibility of sentence reduction cannot convince other perpetrators to step forward. Thus, the ICC should be aware of the necessity of encouraging all responsible individuals, otherwise plea bargaining will be seen as an ineffective method of carrying out justice.

⁵¹ *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Judgement and Sentence, ¶ 47, Case No: ICTR 97-23-S, (04.09.1998).

⁵² *Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad Al Bashir*, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, p.7 and 8 Case No: ICC-02/05-01/09, (04.03.2009).

⁵³ Pati, R. (2009) 'The ICC and the Case of Sudan's Omar Al Bashir: Is Plea-Bargaining a Valid Option?', *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 15(2), pp.265-327, at 324.

⁵⁴ *Prosecutor v. Jean Kambanda*, ¶ 62.

⁵⁵ Combs, *Guilty Pleas*, *op. Cit.*, at 92.

3.3. Victims' Interest

Every international crime committed leaves a scar which is impossible to completely erase, insomuch that these crimes change even the judicial system of states as in the case of *Gacaca Courts* in Rwanda⁵⁶. More importantly, many individuals' lives are affected without the possibility of any redress, so that the victims of serious offences must be paid particular importance by the international courts and tribunals. In this respect, the courts must take decisions according to the facts of a present case whether a full trial is necessary or not in terms of victims' favour. It should be kept in mind that a full trial is not always the best way to serve victims' interest⁵⁷. Sometimes other methods such as plea bargaining can avoid the possible negative effects of full trials such as re-traumatizing of victims⁵⁸. Moreover, survivors may achieve justice upon finally offenders accept their responsibility by entering a guilty plea. The acknowledgement of consequences of heinous offences by the perpetrators may eventually provide justice and redress for the victims better than punishing an individual responsible who shows no remorse⁵⁹.

It is worth noting that the International courts and tribunals were set up to mainly focus on perpetrators since the main idea is that the offender needs protection in terms of maintaining a fair trial⁶⁰. Although the defendant has universal attention, victims of mass crimes are mostly

⁵⁶ Generally see Clark, P. (2010) *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, Cambridge: Cambridge University Press.

⁵⁷ Guilty plea may be an effective way to open the door of restorative justice. Survivors can take part in proceedings and desirable information may be heard from offenders. Combs's *Guilty Pleas*, at 154.

⁵⁸ *Prosecutor v. Biljana Plavsic*, ¶ 68.

⁵⁹ The former Liberian president Charles Taylor sentenced to 50 years in prison by the Special court for Sierra Leone. However, the former president has never accepted his guilt. The Defence submitted that the evidence as whole, including all the surrounding circumstances, fails to establish a Joint criminal enterprise, as charged or at all, and that the Accused had nothing to do with and was not even aware of the crimes he is charged with. *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, ¶ 6890.

⁶⁰ Cryer, R. / Friman, H. / Robinson, D. / Wilmschurst, E. (2010) *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, at 478.

ignored by the international community⁶¹. However, the approach by the international justice system must be changed and the interest of victims should be at the forefront of any judicial system⁶². This is in light of the fact that survivors of mass crimes would need protection and support for their suffering⁶³. Therefore, it is submitted that plea bargaining could play a crucial role to fulfil this goal. Acknowledgment of guilt by offenders can create public awareness, especially, confession of high-ranking officials before the whole world is important to demonstrate the suffering caused by international crimes. Similarly, Damaska notes that taking responsibility of international crimes by high-ranking officials has a purifier effect on victims of such crimes⁶⁴. For instance, *Jean Kambanda*, the former Prime Minister of Rwanda, pleaded guilty to genocide and crimes against humanity; therefore, Rwandan genocide was formally accepted by the former prime minister of Rwanda⁶⁵.

It could be argued that the ICC can benefit from plea bargaining in order to expose victims' sorrow. However, the application of plea bargaining by the ICC for every case may result in exploitation of the process at the expense of victims' forgiveness. The deep remorse of the defendant is crucial to achieve an effective justice. The permanent international court must be convinced that the defendant actually regrets his inhumane acts, otherwise plea bargaining may cause distress to victims instead of achieving true justice. It is the belief of the present

⁶¹ Kristjánsdóttir, E. (2009) 'International Mass Claims Processes and the ICC Trust Fund for Victims', in Ferstan, C., Goetz, M. and Stephens, A. (eds.) *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Boston: Martinus Nijhoff, pp.167-195, at 173.

⁶² In this sense, new measures proposed such as restitution, compensation and rehabilitation. Cryer / Friman / Robinson / Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op. cit., at 490.

⁶³ Koskeniemi, M. (2002) 'Between Impunity and Show Trials', *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 6(1), pp.1-35, at 10.

⁶⁴ Damaska's *Negotiated Justice*, op. cit., at 1037.

⁶⁵ *Prosecutor v. Jean Kambanda*, ¶ 3.

author that justice not only has to be done but must be seen to be done⁶⁶. In *Plavsic* case, the defendant pleaded guilty for crimes against humanity⁶⁷. The ICTY Trial Chamber sentenced *Plavsic* to eleven years imprisonment⁶⁸. The conviction of a high-ranking official such as *Plavsic* has to be considered as a success. On the other hand, *Plavsic* stated while serving her sentence at Sweden:

*"I sacrificed myself. I have done nothing wrong. I pleaded guilty to crimes against humanity so I could bargain for the other charges. If I hadn't, the trial would have lasted three, three and-a-half years. Considering my age that wasn't an option."*⁶⁹

It can be seen that the defendant used plea bargaining to get a reduction in her sentence, while she was not sorry for her acts. In this respect, the ICC should deeply examine the remorse of the accused. It must be kept in mind that plea bargaining is the key point for reconciliation between victims and offenders, and a statement of remorse is a crucial step for creating unity among the parties involved⁷⁰. So that, the misuse of plea bargaining may erase its entire positive effect on victims and sabotage the impending peace.

4. The Cases against Plea Bargaining

4.1. Sacrifice of Justice

Plea bargaining is a very controversial topic on national and international level as noted above⁷¹. Some of the critics differ due to the discrepancy between those areas. For instance, necessity of historical record poses a major problem on the international level. However, plea

⁶⁶ See Lord Clyde (2004) 'Justice Seen to be Done', in Hoskins, M. and Robinson, W. (eds.), *A True European: Essays for Judge David Edward*, Portland: Hart Publishing, at 21-30.

⁶⁷ *Prosecutor v. Biljana Plavsic*, ¶ 5.

⁶⁸ *Prosecutor v. Biljana Plavsic*, ¶ 132.

⁶⁹ Goldberg, Daniel U. (2009) 'Bosnian War Criminal: I Did Nothing Wrong', (The Local: Sweden's News in English, 26.01.2009), [online] Available at: <www.thelocal.se/17162/20090126#.UUr82BxOU_k> (Accessed 07.02.2015).

⁷⁰ Combs, *Guilty Pleas*, op. Cit., at 138.

⁷¹ Ibid, at 5-6.

bargaining is criticized in terms of both national and international level on the basis that justice is ultimately sacrificed⁷². These critics are quite severe in the case of international justice. Henham has stated that plea bargaining is morally wrong, because it does not serve a legitimate purpose⁷³. It has been argued that the international criminal courts and tribunals undermine the purpose of prosecuting major crimes by applying plea bargaining.⁷⁴ Therefore, victims may be frustrated when these intuitions use plea bargaining for serious crimes⁷⁵. It is a fact that people are sensitive to making reduction on international crimes, since victims would be very sensitive in relation to reduction of charges in relation to these crimes. Today, it is interesting to point out that most of the continental legislators still oppose the idea of plea bargaining for serious offences nationally and interracially⁷⁶. It is worth noting that the idea of plea bargaining mechanism is a very Anglo-Saxon concept practised by states such as the USA and the United Kingdom⁷⁷. Therefore, it is fair to say that plea bargaining may cause furore even in the case of some national jurisdictions.

It is clear that plea bargaining has the potential to impair the principle of justice, especially in the case of charge bargaining since the prosecution offers to drop some of the charges in exchange for a guilty plea, so that the offender is never found responsible for a number of crimes committed⁷⁸. There is no doubt that such an arrangement may be

⁷² Bassiouni, M. Cherif (1996) 'Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability', *Law and Contemporary Problems*, 59(4), pp.9-28, at 27.

⁷³ Henham, R. (2005) 'The Ethics of Plea Bargaining in International Criminal Trials', *Liverpool Law Review*, 26(3), pp.209-224, at 210.

⁷⁴ Safferling, C. (2012) *International Criminal Procedure*, Oxford: Oxford University Press, at 439.

⁷⁵ As one South African perpetrator commented, "[t]he victims' lawyer says we must talk to them, but it is difficult . . . because every time we say we're sorry, they shake their heads and say they don't accept it." Krog, A. (2000) *Country of My Skull: Guilt, Sorrow, and the Limits of Forgiveness in the New South Africa*, New York: Three River Press, at 117.

⁷⁶ Damaska's *Negotiated Justice*, op. cit., at 1025.

⁷⁷ Combs, *Guilty Pleas*, op. Cit., at 127.

⁷⁸ Rauxloh's *Plea Bargaining in International Criminal Justice*, op. cit., at 5.

incomprehensible in terms of expectation of justice by the victims. On the other hand, plea bargaining should not be considered as a kind of amnesty. The accused who has pleaded guilty still has to face conviction for his other offences. The punishment of the defendant is not the only way to bring justice. The number of offenders who were prosecuted by the international courts and tribunals is the real indicator of the justice achieved. In this respect, plea bargaining is an effective way to lead to prosecution of others responsible. Similarly, Pati points out that more offenders may be exposed to the use of plea bargaining in the future⁷⁹. As mentioned above, the international courts can access new evidence with the assistance of the defendant, thus the prosecution may use the evidence to track down other offenders⁸⁰. In *Todorovic* case, the defendant agreed to testify in the case against his co-accused and in any other proceedings which was requested by the Prosecutor⁸¹.

In addition, it is significant to point out that plea bargaining may contribute to justice in other ways. Firstly, plea bargaining may reduce the possibility of acquittal of the defendant when the prosecution does not have enough information. Rauxloh has noted that the Prosecutor of the ICC may use plea bargaining in weak cases, because the high standards of defendant's rights in the Rome Statute makes it hard to prove the guilt of the accused.⁸² Secondly, as stated above, time saving nature of plea bargaining may help the ICC to allocate its budget to deal with other crimes. The court has been criticised on many occasions in the past that the Prosecutor does not investigate crimes of both sides of a conflict⁸³. Thus, the ICC can prevent these criticisms by using plea bargaining in

⁷⁹ Pati, 'The ICC and the Case of Sudan's Omar Al Bashir', *op. cit.*, at 323.

⁸⁰ *Prosecutor v. Momir Nikolic*, Sentencing Judgement, ¶ 71, Case No: IT-02-60-1-S, (02.12.2003).

⁸¹ *Prosecutor v. Stevan Todorovic*, Sentencing Judgement, ¶ 84, Case No: IT-95-9/1-S, (31.07.2001).

⁸² Rauxloh's *Plea Bargaining*, at 181.

⁸³ Schabas, William A. (2012) 'The International Criminal Court: Struggling to Find its Way', in Cassese, A. (ed.) *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford: Oxford University Press, pp.250-261, at 258.

which the Prosecutor could be allocated more time and funding to investigate and prosecute other violations.

4.2. Damage to Credibility of the ICC?

Plea bargaining is also criticised on the basis that it may harm the reliability of the ICC in the eyes of the international community. Damaska claims that absence of full trials may be manipulated by certain individuals against achieving international justice.⁸⁴ Furthermore, some of the other critics specifically focus on the ICC in this regard⁸⁵. The international criminal tribunals have different approaches on jurisdiction: *Ad hoc* tribunals have primacy over national courts; in contrast, the ICC adopted complementarity principle⁸⁶. According to this, the ICC can exercise its jurisdiction only if domestic courts were unwilling or unable to prosecute⁸⁷. It can be seen that the ICC does not have jurisdiction on core crimes unless unwillingness or inability of national authorities is clearly apparent.⁸⁸ According to Rauxloh the victims may feel that the ICC does not perform its duty by negotiating with the defendants, because the Court took the case in the first place with asserting the fact that national authorities were unable or unwilling to try responsible individuals⁸⁹.

The criticism meted out by international lawyers is comprehensible, since the aforementioned international criminal tribunals sometimes refused a full trial, although they were established to prosecute grave breaches of international criminal law in the first place⁹⁰. However, it should not be forgotten that in some occasions plea bargaining with the

⁸⁴ Damaska's *Negotiated Justice*, at 1031.

⁸⁵ Mendes, E., *Peace and Justice at the International Criminal Court: A Court of Last Resort*, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 25.

⁸⁶ Generally see Stahn, C. & M.M. El Zeidy (eds.), (2014) *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge U.P.

⁸⁷ Rome Statute, article 17.

⁸⁸ Struett, M.J., (2008) *The Politics of Constructing the International Criminal Court: NGOs, Discourse, and Agency*, Palgrave Macmillan, at 174.

⁸⁹ Rauxloh's *Plea Bargaining*, *op. cit.*, at 180.

⁹⁰ Y. Shany, (2014) *Assessing the Effectiveness of International Courts*, Oxford U.P., at 233.

defendant is necessary for the prosecution due to lack of evidence. The reduction of sentence of the defendant is hard to take since no punishment would be sufficient in the eyes of the victims⁹¹. On the other hand, a possible lenient sentence may be more desirable than a complete acquittal. Another point is that the reliability of the ICC is actually affected when the Court fails to track down and prosecute offenders. One of the best examples of this is the case of *Joseph Kony*, leader of the Lord's Resistance Army. So far, the ICC has not been able to capture *Kony* in spite of the fact that an arrest warrant was issued in 2005⁹². In fact, currently the ICC has no specific information on *Kony* and his whereabouts⁹³. Bringing offenders such as *Kony* before the ICC would be the best way for the Court to increase its credibility in the eyes of the public. It is submitted that plea bargaining in particular case may play a crucial role for bringing him to justice and provide redress for his victims. Through this approach, the ICC can ascertain new information on *Kony* and his organisation. The ICTR adopted this approach in the case of *Kambanda*, who was one of the most important figures of the Rwandan Genocide in order to prosecute him⁹⁴. To sum up, the present author is the opinion that the ICC can solve this embarrassing dilemma by adopting plea bargaining mechanism. Moreover, the ICC would be considered as an effective and functioning institution upon prosecuting major criminals such as *Kony*.

4.3. The Importance of Historical Records

As alluded to earlier, the international criminal courts are expected to achieve more than one goal not just achieving the justice, but

⁹¹ Combs, *Guilty Pleas*, *op. cit.*, at 133.

⁹² *Prosecutor v. Joseph Kony*, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen, Warrant of Arrest for Joseph Kony, ¶ 48, Case No: ICC-02/04-01/05, (27.09.2005).

⁹³ The Guardian (2014) 'Joseph Kony is Hiding Out on Sudan Border, Report Claims', [online] Available at: <www.theguardian.com/world/2014/nov/06/joseph-kony-hiding-sudan-border-report-lra> (Accessed 07.02.2015).

⁹⁴ *Prosecutor v. Jean Kambanda*, ¶ 62.

reconciliation and providing redress to victims of major crimes⁹⁵. Moreover, historical records are of crucial importance to uncover the truth about international crimes. Since there is no reconciliation without truth, the international courts have to create a historical record, by doing so the findings of international courts will challenge the attrition of time.⁹⁶ The Nuremberg Tribunals demonstrated the power and necessity of historical records⁹⁷. The discovery of the truth at Nuremberg made it impossible for anybody to deny the fact that the Holocaust had ever taken place⁹⁸. This crucial benefit of historical record cause severe criticism on the issue of plea bargaining. Some scholars believe that plea bargaining may undermine the purpose of the international criminal courts and tribunals in order to compile historical records⁹⁹. The idea is that by accessing the truth the international criminal courts would diminish the sorrow of violent history.

The truth is sometimes more important than prosecuting offenders¹⁰⁰. The victims of mass crimes yearn to know what actually took place during the conflict. The truth and reconciliation commissions and courts such as *Gacaca* are reflections of this notion. However, plea bargaining would not be an absolute obstacle for the purpose of uncovering the historical records. In fact, plea bargaining can provide too much information in the same manner as a full trial. A case in point is *Obrenovic* case in which the defendant outlined the atrocities which

⁹⁵ Moffett, L. (2014) *Justice for Victims before the International Criminal Court*, Abingdon: Routledge, at 12; Cryer / Friman / Robinson / Wilmschurst, at 30-36.

⁹⁶ Cassese, A. (2011) 'Reflections of International Criminal Justice', *Journal of International Criminal Justice*, 9(1), pp.271-275, at 273.

⁹⁷ Funk, T.M. (2010) *Victims' Rights and Advocacy at the International Criminal Court*, Oxford U.P., p. 128.

⁹⁸ Meltzer, Bernard D. (1996) 'War Crimes: The Nuremberg Trial and The Tribunal for the Former Yugoslavia', *Valparaiso University Law Review*, 30(3), pp.895-912, at 902.

⁹⁹ Combs, *Copping a Plea to Genocide*, *op. cit.*, at 146.

¹⁰⁰ In *Nikolic* case, mother of two of the victims said: "I would just like to ask Dragan to tell me where [my sons] are, in which mass grave, so that their mother could give them a dignified funeral. I want to give them a proper burial, and then I can go away myself." *Prosecutor v. Dragan Nikolic*, Transcript, Case No. IT-94-2-S, (03.11.2003), at 247.

occurred between 1995 and 1998 at great length to the tribunal¹⁰¹. Moreover, the ICTY obtained a detailed record of crimes, while the Tribunal sacrificed a full trial by resorting to plea bargaining mechanism. In addition, plea bargaining may be used even if the defendant does not provide the required information regarding the alleged offences, if the court has already attained elaborate information. Rauxloh defends this stand point by saying:

*“If the historical facts of a certain situation have been already established in an earlier case and the present case would not offer much new information, the value of an additional trial in this respect is questionable. In such a case a brief admission of guilt to facts already established does not hinder the historical record effect of the court procedures in total.”*¹⁰²

In this respect, the ICC can take advantage from plea bargaining on such conditions that especially charge bargaining should be adopted more limited. Often the use of charge bargaining may cover mass violations unintentionally. Charge bargaining should be included in negotiations only if the situation at hand has been clearly understood.

Another controversial point in relation to plea bargaining is the fact that the amount of records used would rather be sparse. Some scholars believe that plea bargaining cannot obtain enough information in contrast to a full trial¹⁰³. Most famous example is that of *Plavsic*, which admitted the facts of the case in a five-page document¹⁰⁴. However, it is the opinion of the present author that it is unfair to compare plea bargaining with a full trial. A full trial normally take month if not years, hence an ordinary final decision contains hundreds of pages of submissions and evidence. Plea bargaining can reduce this process, because it is an effective way to decrease the caseload. Therefore, it is submitted that the

¹⁰¹ *Prosecutor v. Dragan Obrenovic*, Statement of Facts as set out by Dragan Obrenovic, Case No: IT-02-60-T, (20.05.2003).

¹⁰² Rauxloh's *Negotiated Justice*, *op. Cit.*, at 754.

¹⁰³ Scharf, 'Trading Justice for Efficiency', *op. Cit.*, at 1080.

¹⁰⁴ *Id.* at 1079.

international criminal courts may have time and resources to judge more offenders by using plea bargaining. Therefore, admissions of offenders who had pleaded guilty can create a historical record¹⁰⁵.

5. Conclusion

Nowadays, international courts are expected to achieve many goals on behalf of the international community than ever before. Moreover, achieving justice is not the only task of these courts, but finding the truth and redress for the victims are also expected by the international community. There is no denying that the International Criminal Court faces tremendous challenges in securing justice and peace for victims. As it has been argued, the *ad hoc* tribunals started to make use of plea bargaining in response to practical requirements, negotiated justice was considered as the only way to deal with the growing case-load of the said tribunals and expectation by the international community to complete their task in a reasonable time. This paper has argued that by adopting plea bargaining the ICC can achieve justice as well as saving much needed time and funding for other prosecutions. However, the complex nature of international atrocities makes it difficult to investigate and prosecute these crimes. Many of mass crimes create thousands of victims and millions of people are affected by these violations. The main challenge is that the ICC, like other international criminal tribunals, has to deal with these cases without any enforcement power. Therefore, the ICC needs active assistance of member states without which it would not be able to achieve justice.

International lawyers mainly focus their criticism on expensiveness and slowness of the ICC procedures. These critics need look no further than to the *ad hoc* tribunals such as ICTY and ICTR which achieved their ultimate goal of justice and redress for the victims of crimes through the process of plea bargaining. In this respect, the option of plea bargaining is a reasonable alternative to alleviate these issues in relation to the ICC too.

¹⁰⁵ Tieger, A. / Shin, M. (2005) ‘Plea Agreement in the ICTY: Purpose, Effects and Propriety’, *Journal of International Criminal Justice*, 3(3), pp.666-679, at 671.

As submitted above, the active usage of plea bargaining may reduce case-load and save resources at the same time. Hence, the Court may have more time and money to achieve other goals. On the other hand, it is crucial to heed the criticism on plea bargaining.

There is no question that in the case of adoption of plea bargaining, the judges and the Prosecutor at the ICC would examine each case carefully and on its merit whether or not plea bargaining could be utilized. However, it has to be admitted that the arbitrary usage of plea bargaining may impair the positive effect and the general goal of establishing historical records. Moreover, the Court should be convinced of the defendant regret and remorse for his/her criminal conduct. Additionally, plea bargaining should be used only under very restrictive circumstances, and not if there is any possibility of the truth being compromised or concealed. Therefore, the ICC should follow the footsteps of its international predecessors. There is no doubt that the ICC must learn from the experience of the previous criminal tribunals and may even have a new provision which allows plea bargaining inserted into the Rome Statute.

BIBLIOGRAPHY

- Assembly of State Parties, ‘Report of the Court on Impact of Measures to Bring the Level of the International Criminal Court’s Budget for 2014 in Line with the Level of the 2013 Approved Budget’, ICC-ASP/12/1, (29.06.2013).
- Bassiouni, M. Cherif (1996) ‘Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability’, *Law and Contemporary Problems*, 59(4), pp.9-28.
- Cassese, Antonio (2011) ‘Reflections of International Criminal Justice’, *Journal of International Criminal Justice*, 9(1), pp.271-275.

- Clark, Phil (2010) *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, Cambridge: Cambridge U.P.
- Clark, Theresa Marie (2003) ‘Transplant Justice?: The Efficacy of a Purely Common Law Concept in the International Criminal Forum’, (2003) 9 *Buffalo Human Rights Law Review* 75.
- Combs, Nancy A. (2002) ‘Copping a Plea to Genocide: The Plea Bargaining of International Crimes’, *University of Pennsylvania Law Review*, 151(1), pp.1-157.
- Combs, Nancy A. (2007) *Guilty Pleas in International Criminal Law: Constructing a Restorative Justice Approach*, California: Stanford U.P.
- Cook, Julian A. (2005) ‘Plea Bargaining at the Hague’, *The Yale Journal of International Law*, 30(2), pp.473-506.
- Cryer, Robert / Friman, Hakan / Robinson, Darryl / Wilmshurst, Elizabeth (2010) *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge U.P.
- Damaska, Mirjan (2004) ‘Negotiated Justice in International Criminal Courts’, *Journal of International Criminal Justice*, 2(4), pp.1018-1039.
- Damaska, Mirjan (2009) “The International Criminal Court between Aspiration and Achievement”, *University of California Los Angeles Journal of International Law and Foreign Affairs*, 14(1), pp.19-36.
- Dinstein, Y., *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge U.P., 2014, p. 177.
- Fischer, Peter G. (2003) ‘The Victims’ Trust Fund of the International Criminal Court – Formation of a Functional Reparations Scheme’, *Emory International Law Review*, 17(1), pp.187-240.

- Friman, Hakan (2008) 'Cooperation with the International Criminal Court: Some Thoughts on Improvements under the Current Regime', in M. Politi & F. Gioia (eds.), *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Aldershot: Ashgate, at 93-103.
- Funk, T.M. (2010) Victims' Rights and Advocacy at the International Criminal Court, Oxford U.P., at 128.
- Gray, Kevin R. (2004) 'Evidence before the ICC', in D. McGoldrick, D. (ed.), *The Permanent International Court*, Portland: Hart Publishing, at 287-314.
- Henham, Ralph (2005) 'The Ethics of Plea Bargaining in International Criminal Trials', *Liverpool Law Review*, 26(3), at 209-224.
- Khan, S. Ahmed (2007) Right of Victims Reparation by International Criminal Court, New Delhi: APH Publishing.
- Koskeniemi, Martti (2002) 'Between Impunity and Show Trials', *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 6(1), at 1-35.
- Kovarovic, Kate (2011) 'Pleading for Justice: The Availability of Plea Bargaining as a Method of Alternative Dispute Resolution at the International Criminal Court', *Journal of Dispute Resolution*, 2011(2), at 283-308.
- Kristjánsdóttir, Edda (2009) 'International Mass Claims Processes and the ICC Trust Fund for Victims', in Ferstan, C., Goetz, M. and Stephens, A. (eds.) *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Boston: Martinus Nijhoff, at 167-195.
- Krog, Antjie (2000) Country of My Skull: Guilt, Sorrow, and the Limits of Forgiveness in the New South Africa, New York: Three River Press.

- Lord Clyde (2004) ‘Justice Seen to be Done’, in Hoskins, M. and Robinson, W. (eds.), *A True European: Essays for Judge David Edward*, Portland: Hart Publishing, at 21-30.
- May, Richard / Wierda, Marieke (1999) ‘Trend in international Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, the Hague, and Arusha’, *Colombia Journal of Transnational Law*, 37(3).
- Meltzer, Bernard D. (1996) ‘War Crimes: The Nuremberg Trial and The Tribunal for the Former Yugoslavia’, *Valparaiso University Law Review*, 30(3), 895-912.
- Mendes, E., *Peace and Justice at the International Criminal Court: A Court of Last Resort*, Edward Elgar Publishing, 2011, at 25.
- Moffett, Luke (2014) *Justice for Victims before the International Criminal Court*, Abingdon: Routledge.
- Morris, Virginia / Scharf, Michael P. (1995) *An Insider Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis. Vol2.*, New York: Irvington-on-Hudson.
- Pati, Roza (2009) ‘The ICC and the Case of Sudan’s Omar Al Bashir: Is Plea-Bargaining a Valid Option?’, *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 15(2), 265-327.
- Pollock, Jocelynn M. (2010) *Ethical Dilemmas & Decisions in Criminal Justice*, Belmont: Wadsworth.
- Raper, Jessica (2005) ‘The Gacaca experiment: Rwanda’s restorative dispute resolution response to the 1994 genocide’, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 5(1), 1-56.
- Rauxloh, Regina E. (2010) ‘Negotiated History: The Historical Record in International Law and Plea Bargaining’, *International Criminal Law Review*, 10(5), 739-770.

- Rauxloh, Regina E. (2011) 'Plea Bargaining – A Necessary Tool for the International Criminal Court Procedure', *Judicature*, 94(4), 178-185.
- Rauxloh, Regina E. (2011) 'Plea Bargaining in International Criminal Justice - Can the International Criminal Court Afford to Avoid Trials?', *The Journal of Criminal Justice Research*, 1(2), 1-20.
- Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Doc A/CONE 183/9, (17.07.1998).
- Rothe, Dawn / Meernik, J. David / Ingadottir, Thordis (2013) *The Realities of the International Justice System*, Martinus Nijhoff.
- Safferling, Christoph (2012) *International Criminal Procedure*, Oxford: Oxford U.P.
- Schabas, William A. (2012) 'The International Criminal Court: Struggling to Find its Way', in Cassese, A. (ed.) *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford: Oxford U.P., at 250-261.
- Generally see Stahn, C. & M.M. El Zeidy (eds.), (2014) *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge U.P.
- Scharf, Michael P. (2004) 'Trading Justice for Efficiency: Plea-Bargaining and International Tribunals', *Journal of International Criminal Justice*, 2(4), 1070-1081.
- Shany, Y. (2014) *The Effectiveness of International Courts*, Oxford U.P., p. 233.
- Smith, Douglas A. (1986) 'The Plea Bargaining Controversy', *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 77(3), 949-968.
- Struett, M.J., (2008) *The Politics of Constructing the International Criminal Court: NGOs, Discourse, and Agency*, Palgrave Macmillan, at 174.

- Tieger, Alan / Shin, Milbert (2005) 'Plea Agreement in the ICTY: Purpose, Effects and Propriety', *Journal of International Criminal Justice*, 3(3), 666-679.
- Turner, Jenia Iontcheva (2013) 'Plea Bargaining', in Carter, L. and Pocar, F. (eds.) *International Criminal Procedure: The Interface of Civil Law and Common Law Legal Systems*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 34-65.
- U.N. Secretary-General, "Report of the independent inquiry into the actions of the United Nations during the 1994 genocide in Rwanda", U.N. Doc S/1999/1257, (16.12.1999)

CASES

- *Independent Counsel v. Hassan Papa Bangura, Samuel Kargbo, Santigie Borbor Kanu and Brima Bazzy Kamara*, Sentencing Judgement in Contempt Proceedings, Case No: SCSL-2011-02-T, (11.10.2012).
- *Prosecutor v. Biljana Plavsic*, Sentencing Judgment, Case No: IT-00-39&40/1-S, (27.02.2003).
- *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Judgment, Case No: SCSL-03-01-T, (18.05.2012).
- *Prosecutor v. Dragan Obrenovic*, Statement of Facts as set out by Dragan Obrenovic, Case No: IT-02-60-T, (20.05.2003).
- *Prosecutor v. Dragan Nikolic*, Transcript, Case No. IT-94-2-S, (03.11.2003).
- *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Judgment and Sentence, Case No: ICTR 97-23-S, (04.09.1998).
- *Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, Warrant of Arrest for Joseph Kony, Case No: ICC-02/04-01/05, (27.09.2005).

- *Prosecutor v. Ivica Rajic*, Sentencing Judgement, Case No: IT-95-12-S, (08.05.2006).
- *Prosecutor v. Momir Nikolic*, Sentencing Judgement, Case No: IT-02-60-/1-S, (02.12.2003).
- *Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad Al Bashir*, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case No: ICC-02/05-01/09, (04.03.2009).
- *Prosecutor v. Stevan Todorovic*, Sentencing Judgement, Case No: IT-95-9/1-S, (31.07.2001).
- *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Judgement, Case No: IT-95-14-T, (03.03.2000).
- *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No: ICC-01/04-01/06-2842, (14.03.2012).
- *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case Information Sheet, Case No: ICC-01/04-01/06, (15.12.2014).
- *Prosecutor v. Vincent Rutaganira*, Minutes of Proceedings, Case No: ICTR-95-1C-T, (17.01.2005).

WEB SOURCES

- Goldberg, Daniel U. (2009) ‘Bosnian War Criminal: I Did Nothing Wrong’, (The Local: Sweden’s News in English, 26.01.2009), [online] Available at: <www.thelocal.se/17162/20090126#.UUr82BxOU_k> (Accessed 07.02.2015)
- International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (2013) ‘Guilty Pleas’, [online] Available at: <www.icty.org/sections/TheCases/GuiltyPleas> (Accessed 07.02.2015)
- International Criminal Tribunal for former Yugoslavia (2013) ‘Key Figures of the Cases’, [online] Available at:

<www.icty.org/sections/TheCases/KeyFiguresoftheCases>
(Accessed 07.02.2015)

- The Guardian (2012) ‘Thomas Lubanga Sentenced to 14 Years for Congo War Crimes’, [online] Available at: <www.guardian.co.uk/law/2012/jul/10/icc-sentences-thomas-lubanga-14-years> (Accessed 07.02.2015)
- The Guardian (2014) ‘Joseph Kony is Hiding Out on Sudan Border, Report Claims’, [online] Available at: <www.theguardian.com/world/2014/nov/06/joseph-kony-hiding-sudan-border-report-lra> (Accessed 07.02.2015)

TÜRK İSLAM HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE “ZİNA”

Arş. Grv. Yağmur TEMİZ*

*“İçinizde kim günahsızsa ilk taşı o atsın”
Hz. İsa*

ÖZET

Zina, İslam hukukunda suç olarak düzenlenmişti. Osmanlı hukukunda, İslam’ın etkisiyle gelişen zina suçu ve cezaları çalışmanın ilk bölümünde incelendi. İslam hukuku ve Osmanlı hukukundaki uygulama farklılıkları, halen İslam hukuku uygulayan İran’dan “recm” kararı örneği ve Türkiye Cumhuriyeti’nde zinanın gelişimi, çalışmanın diğer bölümlerini oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Zina, Recm, Osmanlı, İslam

"ADULTERY" FROM TURKISH ISLAMIC LAW TO TODAY

ABSTRACT

In Islamic law adultery is considered as a crime. According to Ottoman law crime and punishment of adultery, which evolved under the effect of Islam, was examined in the first part of this study. Other parts of this study consist of application differences between the Islamic Law and Ottoman Law, stoning to death(rajm) decisions in Iran that ruled with Islamic Law and evolution of adultery in Turkish Republic.

Keywords: Adultery, Lapidation, Ottoman, Islam,

* Ankara Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Anabilim Dalı

GİRİŞ

İslam hukuku Türkiye’de geçerliliğini kaybetmiş bir hukuk sistemi olsa da Türk hukuk tarihinin önemli bir bölümünü teşkil eder. Bir başka önemi de İran, Mısır gibi devletlerde halen uygulanıyor oluşudur. Ayrıca İslam, Türk tarihinde, örf, gelenek ve ahlak anlayışının oluşumunda oldukça etkilidir. Bu sebeple halen güncelliğini korumaktadır. Çalışmamızda İslam ceza hukukunda bir suç olarak yer alan zınayı değerlendirdik. İslam hukukunun genel suç sistematigi hakkında bilgiler ve Osmanlı uygulamaları ilk iki kısımda incelendi. Çalışmanın diğer kısımları ise Cumhuriyet dönemi Türk hukukunda zina ve suç-ahlak ilişkisine ayrıldı.

A. Osmanlı Ceza Hukuku

Türkler İslamiyet ile tanışmadan önce göçebe olarak hayatlarını sürdürmüşlerdir. İslam’ı kabul etmeleriyle birlikte, bu dinin hukukunu da benimsemişler ve başlangıçta bünyelerine uygun olduğunu da düşünmüşlerdir. İçtihat yoluyla genişletilen İslam hukukunda, içtihat yolunun kapatılmasıyla birlikte Osmanlı hukukunun gelişimi durmuş ve dünyadaki gelişmelerin gerisinde kalmıştır. Türkler bu durumun kaçınılmaz sonucu olarak, İslam hukukunu bırakmışlardır¹. Türklerin İslamiyet’ten önce kendilerine has bir hukuka ve hukuksal kurumlara sahip olmadıkları yönünde görüşler mevcuttur. İslam hukukunun başlangıcıyla Türklerin hukuk kültürüne sahip oldukları iddiaları, doğru değildir².

İslam dini içerdiği tüm kurallarla birlikte bir bütündür. Bu kurallar sadece inançlar ve ibadete ait olanların yanı sıra günlük hayata ait basit ilkeleri de kapsar³.

¹ ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yay., Ankara, B.8, 1996, s. 47.

² KÖPRÜLÜ Fuad, Ortazaman Türk Hukuki Müesseseleri İslam Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?, İstanbul Devlet Yay., İstanbul, 1937, s. 7 vd.

³ ÜÇÖK /MUMCU /BOZKURT, s. 48.

İslam’da hukukun adı “fıkıh”tır. Fıkıh, dine ait kuralların yanında devlete ve özel hayata ilişkin kuralları da içine alır⁴. İnsanın kendisine yönelik hareketleri, Allah’a karşı sorumlulukları, doğayla ve diğer bireylerle olan ilişkilerinin düzenlenmesi de fıkıhın, düzenleme alanı içerisindeydi. Fıkıh, toplumsal hayatı düzenleyen kurallar olması nedeniyle, hukuk düzeni olarak da kabul edilir⁵.

Farklı kaynaklarda, alt başlıklar eklenebilmekle beraber, İslam hukukunun dört temel kaynağı olduğu söylenebilir. Bunlar: *Kur’an*, *sünnet*, *kıyas* ve *icmad*’dır. İslam hukukunun en önemli kaynağı *Kur’an*’dır. *Kur’an*’da hüküm bulunmaması halinde peygamberin davranışlarından oluşan *sünnet*, İslam hukukuna kaynaklık eder. Konu ile alakalı *sünnet* de bulunmuyorsa, benzer olaylara bakarak karara bağlama yani *kıyasa* ve İslam hukukçularının fikir birliği olan *icmaya* başvurulurdu⁶.

İslam hukukunun bir alt başlığını İslam ceza hukuku oluşturmakla birlikte, fıkıh kitaplarında ceza hukuku tanımı yer almaz. İslam ceza hukuku, kamunun yararı için konulmuş haram ve bu davranışlara devletin uyguladığı cezalarla beraber devletle birey ilişkilerini düzenleyen hukuktur⁷.

Kur’an, tam manasıyla sistematik bir hukuk kitabı değildir. Bu sebeple bir hukuk kaynağı gibi düzenlemeleri belli bir sıra içerisinde *Kur’an*’da bulamayız. Buna rağmen *Kur’an*’da doğrudan, dolaylı, sari veya zımni olmak üzere pek çok ceza hukukuyla ilgili ayet bulunur. Suç tanımına, *Kur’an*’da rastlanmamakla beraber; cürüm, cinayet, cünha, seyyie gibi suç anlamında kullanılan kelimeler mevcuttur⁸. İslam ceza

⁴ **ÜÇÖK** Çoşkun/**MUMCU** Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yay., B.7, Ankara, 1991, s. 40.

⁵ **TÜRKCAN** Talip (Editör), İslam Hukuku El Kitabı, Grafiker Yay., B.2, Ankara, 2013, s. 28.

⁶ **UMUR** Ziya, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, C.I, Beta Yay., İstanbul, 1993, s. 149.; **AKŞİT** M. Cevat, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, Gümüşev Yay., İstanbul, 2011, s. 29 vd.

⁷ **AKŞİT**, s. 55.

⁸ **AVCI** Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yay., Konya, 2010, s. 27.

hukukunda, cezalar genel olarak; kısas, hadd ve ta'zir şeklinde üç ana başlıkta toplanmıştır⁹.

Osmanlı kanunlarının, çoğu suç açısından şeriat cezalarını hafiflettiği iddia edilir. Zinanın cezası olarak recm ve hırsızlığın cezası olarak el kesme yerine para cezası uygulamaları daha hafif ceza olarak öngörülmüştür. Bu durumun sonucu olarak ilk bakışta Osmanlı kanunlarının daha insani olduğu düşünülebilir. Oysa bazı suçlar açısından, şeriattan daha şiddetli infazları olduğu unutulmamalıdır¹⁰.

B. Zina Suçu ve Tarihsel Süreç

Osmanlı devletinde uygulanan temel hukuk, İslam hukukudur. İslam hukukuna aykırı olmayan, daha çok kamu hukuku alanıyla ilgili olarak padişahların da düzenleme yetkisi bulunduğu kabul edilmiştir. Örfi hukuk adıyla bilinen bu düzenlemelerde, zinayla ilgili kısmen şer'i hukuka uygun kısmen de şer'i hukuktan bağımsız düzenlemeler görülür. Zina asıl olarak kişinin medeni durumu ve gelirine göre belirlenen para cezalarıyla cezalandırılır. Tanzimat dönemindeki yargı reformuyla, zina açısından farklı bir uygulamaya gidilmiştir¹¹.

İslam hukukunun temel kaynakları zinayı suç olarak tanımlamış ve ulema tarafından da zinanın suç olması gereği kabul edilmiştir. Bu bilgiler ışığında zina suçunun hukuki temelini Kur'an'da, sünnette ve icmada

⁹ **EKİNCİ** Ekrem Buğra, Hukukun Serüveni, Arı Sanat Yay., İstanbul, 2011, s.333.; **AKŞİT**, s.73.; **ERTURHAN** Sabri, İslam Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar, Rağbet Yay., İstanbul, 2008, s. 20.; **CİN** Halil/**AKYILMAZ** Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yay., Konya, 2003, s. 218., **KESKİOĞLU** Osman, Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., B.5, Ankara, 2009, s. 309.

¹⁰ **HEYD** Uriel, Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat, (Çev. EROĞLU Selahaddin), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/731/9319.pdf>, s. 643, 644. (E.T 27.10.2014)

¹¹ **ÖZKORKUT** Nevin Ünal, Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu, Siyasal Yay., Ankara, 2009, s. 70.

bulunduğu ifade edilebilir. İslam’ın kaynaklarında zinayla ilgili pek çok düzenlemeye rastlanır¹².

Zina yalnızca İslam’da değil bütün dinlerde çirkin, kötü bir fiil olarak kabul görmüş ve nesebin karışması ve namus gibi kavramlar açısından tehlikeli bulunmuştur. Bu sebeple İslam hukukunda da hadd cezalarının en ağırı, zina suçlarında görülür¹³.

Osmanlı ceza hukuku, şer’i ve örfi ceza hukukunun bütününden oluşur. Ancak örfi hukuk, şer’i hukuka tamamen karşıt veya ondan bağımsız düşünülmez. Bazı uygulamaların şer’i hukuktan farklı olduğu görülmekle birlikte, yine de örfi hukukun şer’i hukuku bertaraf ettiği sonucu çıkarılamaz¹⁴.

Ta’zir cezası verme yetkisinin, padişahlar tarafından geniş yorumlanıp kullanılması, ceza normlarının İslam hukuku yanında başka hükümler de içermesine neden olur. Padişah iradesinin, hukuktaki ağırlığının artması sonucu örfi hukuk adıyla başka bir hukuk ortaya çıkmıştır¹⁵.

Osmanlı’nın örfi hukukunun temelini oluşturan kanunnamelerden, en eski tarihli ceza kanunnamesi, Fatih Kanunnamesi olarak bilinir. Bu kanunnamenin ilk faslı, zinaya ilişkindir. II. Beyazıt döneminde ise ikinci kanunname çıkarıldı. Yine bu kanunnamenin ilk faslında zinaya yer verildi. Farklı olarak siyaset cezası, bu kanunnameyle düzenlendi. I. Selim döneminde çıkarılan kanunname, ceza miktarlarını artırmıştır. I. Süleyman’ın çıkardığı kanunname de, ceza düzenlemelerine yer vermişti. Tanzimat sonrasında ise gerçek anlamda genel düzenlemeler yapan ceza

¹² **HASANOV** Eldar, İslam Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Yahudi Hukukunda Zina ve Benzeri Cinsel Suçlar, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (yüksek lisans tezi), s. 124. (E.T 27.10.2014)

¹³ **FİDAN** Yusuf, İslamda Azınlık ve Yabancı Hakları (İslam Hukuku’nda Ehl-i Kitab Kavramı ve Hükümleri), Ensar Yay., Konya, 2005, s. 2009.

¹⁴ **AKMAN** Mehmet, Osmanlı Ceza Hukuku Çalışmaları Üzerine Bir İcmal, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, 2005, s. 489-512.

¹⁵ **AYDIN** M. Akif, Ceza, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c07/c070341.pdf>, s. 478, (E.T 11.11.2014)

kanunları Osmanlı'da görülür. 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunları, Osmanlı'nın milli karakterli ceza kanunlarıdır. 1858 tarihli ceza kanunu ise, Fransa'dan alınarak Osmanlı hukukuna uygulanmış bir ceza kanunudur¹⁶.

Zina için öngörülen ceza, İslam hukukunda hadd cezaları içerisinde yer alır. Bu cezalar, Allah'ın hakkı olarak belirlenmiş, kamunun hakkı olarak yorumlanmıştır. Kamuyu ilgilendiren her ceza, İslam hukukunda Allah'ın hakkı olarak görülür. Bu cezaların amacı insanları kötülöklere karşı korumak bunun yanı sıra onların can ve mal güvenliğini sağlamaktır¹⁷.

İslam hukuku da zamanla bazı değişimlere uğramıştır. Mevcut Mısır ve İran ceza kanunlarında zina suçu kamu yararına zarar vermeyen, şahsi suç kategorisinde yer alır¹⁸.

Hadd, miktarı kesin bir şekilde belirlenmiş cezalardır. Hakimin ceza üzerinde takdir hakkı yoktur. Suçun gerçekleşmesi noktasında en ufak bir şüphenin bulunması, cezanın düşmesine neden olur. Ancak hakim kararıyla hadd cezası verilir. Bu suç tiplerinin ispatında, mutlaka erkek şahide ihtiyaç vardır. Mahkeme önüne gelen ve hadd cezası gerektiren suçun, affı yoktur¹⁹. Temelde hadd veya kısas cezası uygulanacak suç olmasına rağmen, suçun unsurlarının tam olarak gerçekleşmediği veya unsurları tam olmakla beraber, mağdurun veya yakınlarının affetmesi üzerine kısas cezası verilemeyen durumlar da vardır. Bu durumlarda, suçluya ta'zir cezası verilebilir. Karşılığı hadd veya kısas olmayan yasak fiiller veya İslam hukuku tarafından yasaklanmamış olmakla birlikte,

¹⁶ Detaylı bilgi için bkz.; **AYDIN**, s. 478-482.

¹⁷ **KOÇAK** Muhsin/**DALGIN** Nihat/**ŞAHİN** Osman, İslam Hukukuna Giriş Aile Hukuku Miras ve Ceza Hukuku, Ensar Yay., İstanbul, 2013, s. 515.

¹⁸ **ZEYDAN** Abdülkerim, İslam Hukukuna Giriş (Çev., ŞAFAK Ali), Kayihan Yay., İstanbul, 2011, s. 548.

¹⁹ **EKİNCİ**, s. 335, 336.

kamu düzeni açısından sakıncalı bulunan fiiller de ta’zirle cezalandırılmaktadır²⁰.

Zina, aralarında nikâh sözleşmesi olmayan bir erkek ve bir kadının yaşadığı cinsel ilişkisi şeklinde tanımlanır. İslam hukukunun zina yaklaşımı, Batı hukukundan önemli bir noktada ayrılır; suçun gerçekleşmesi bakımından tarafların evli ya da bekâr olması önemli değildir. Ancak cezalandırma aşamasında, evli-bekâr ayrımı dikkate alınır²¹.

Zina’nın içeriğinin belirlenmesi sürecinde, mezhepler arasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Osmanlı’nın da benimsediği Hanefî mezhebinde, zina cezası kadın erkek arasında yaşanan cinsel ilişkilere uygulanmalıdır. Bu mezhebin yaklaşımı, zinanın cezalandırılma amacı olarak nesebin korunmasını kabul etmesiyle açıklanır. Bu nedenlerle livata (anal ilişki), hemcinsler arası ilişkiler hadd suçları kapsamında görülmez. Suçun tanımlandığı normda, ulaşılmak istenen amaçla bağlantılı olmayan geniş yorumlamayı Hanefî usulcüler kabul etmemiştir²².

Türk hukukunda, İslam’ın ve sonucunda İslam hukukunun benimsenmesinden sonra, zina evli-bekâr, kadın ya da erkek ayrımı olmaksızın “suç” olarak değerlendirildi. Bu suçun Kur’an’daki cezası iki cins için de aynıydı ve bu ceza ölüm değildir²³.

İslam, zinayı açıkça yasaklamıştır. *‘Zinaya yaklaşmayın. Zîrâ o, bir hayâsızlıktır ve çok kötü bir yoldur’* (İsra: 17/32). Bu ayetle birlikte, farklı ayetlerde de zinanın İslam’da yeri olmadığı vurgulanmıştır. *‘Zinâ eden*

²⁰ **ÖZKORKUT** Nevin Ünal, İslam Ceza Hukukunda Kadın, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/266/2403.pdf>, s. 84. (E.T 12.11.2014)

²¹ **AYDIN** M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yay., İstanbul, B.3, 1999, s. 193.

²² **YERLİKAYA** Ünal, Hukuk-Değer İlişkisi Açısından İslam Ceza Hukuku Normları, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=7d53ed97e31a8bd3a2299a654f557131e044ef76c6f530f3f942aee1024b45c217587da8c1425922>, (Doktora Tezi), s. 153. (E.T 13.11.2014)

²³ **ÖZKORKUT**, Zina Suçu, s. 21.

kadın ve zinâ eden erkekten her birine yüzer değnek vurun’ (Nur: 24/2). Kur’an evli bekâr ayırımında bulunmaksızın, bu cezayı öngörmüştür. Ancak, Kur’an zina için recm cezası belirlememiştir.

“Taşlayarak öldürme” anlamına gelen recm cezası ise İslam hukukunun en tartışmalı noktalarından biridir. Kur’an’da bulunmayışı, Hz. Peygamber’in hadis ve uygulamalarına dayanması ihtilaflara neden olmuştur. (Müslim, “Hudûd”, 3; İbn Mâce, “Hudûd”, 7) Hz. Peygamber döneminde ilk recm cezası bir Yahudiye uygulanmış, sonrasında Yahudilere ve Müslümanlara uygulanmaya devam edilmiştir. Bu konuda Kur’an’daki düzenlemeden farklı olarak recm cezası getirilmesi bazı İslamcılar tarafından eleştirildi. Uygulama ise recm cezası uygulanacak kişinin muhsan (evli), hür ve Müslüman olması şeklinde gelişti. Cezanın uygulanacağı kadının hamile olması durumunda ise hamileliğin zinayla ilişkisi olup olmamasına bakılmaksızın, cezanın infazı hamileliğin bitiminden sonrasına ertelendi. Sonuç olarak Kur’an’da açıkça belirtilen yüz sopa şeklindeki cezanın, sadece bekârlar için uygulanacağı kabul gördü. Yine Kur’an’daki düzenlemeyle birlikte Hz. Peygamber’in hadisleri ((Tirmizî, “Hudûd”, 11) ve uygulamalar neticesiyle yüz sopa cezasına eklenerek bir yıl sürgün cezası da zina cezası kabul edilerek uygulamaya yerleşti²⁴.

İslam’ın, zinayı yasaklamasının başlıca nedenleri; ailenin ve nesebin korunması, toplumdaki huzurun sağlanması, zina sebebiyle oluşabilecek kin ve son olarak da cinsel yolla bulaşan hastalıklara engel olunması şeklindedir²⁵. Evli olmayanlar için de zina suçunun oluşabilmesi, sayılan bazı gerekçeleri işlevsiz kılar.

Klasik İslam kaynaklarında zinanın suç kabul edilmesinin amacının; soyun sağlıklı devamını sağlamak olduğu şeklindeki gerekçelendirmeye rağmen bunun tek neden olmadığı açıktır. Asıl

²⁴ Detaylı bilgi için bkz., **ESEN** Hüseyin, Zina, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c44/c440268.pdf>, s. 443. (E.T 13.11.2014)

²⁵ **ÇELEN** Mehmet, İslam Hukukunda Zina ve Recm, Denge Yay., İstanbul, 2006, s. 36, 37.

nedenin, toplumsal düzeni sağlamak olduğu görülür. Çünkü bu gerekçeyi asıl neden kabul edersek, doğurma yeteneği bulunmayanların, bu suçla ilişkisini açıklamak mümkün olmayacaktır²⁶.

Zina yalnızca, Kur’an’da yasaklanmamış, Tevrat, İncil gibi diğer kutsal kitaplarda da zinayla ilgili yasaklamalara hatta recm cezasına yer verilmişti.

Zina, yalnızca şahitle değil, ikrarla da ispatlanabilir. Ancak ikrarın hükme etki etmesi, hem kadın hem erkek tarafından yerine getirilmesine bağlıdır. İkrarda bulunan, akıl sağlığı yerinde ve ergin bir kişi olmalıdır. Sarhoşların ikrarı geçerli değildir. Şahitlikle ilgili düzenlemeye benzer bir uygulama ikrar için de geçerlidir; ikrarın da dört kez farklı duruşmalarda tekrarlanması gerekir²⁷.

İslam, namus kavramını çok önemser. Bir insana iffetsizlik iftirası en büyük günahlardan biridir ve ağır şekilde cezalandırılır. Zina iftirası suçuna *kazf* denir. İslam hukuku bu suçlamanın ispatını zor şartlara bağlar. Bu şartlar sağlanmadıkça, zina sabit olup recme gidilemez. Zina iftirasını ispatlayamayanlar müfteri durumuna düşerler ve bu iftiraları nedeniyle cezalandırılırlar. İftiraya uğrayan kadının evli veya bekâr olması önemli değildir. Koca, karısına iftira atar ve ispatlayamazsa kocaya ceza verilmez. Suçun cezası seksen sopadır.(Nur, 4) Suçun cezalandırılması şikâyeteye bağlıdır²⁸.

İslam hukukunda zinanın, bedenî ve recm şeklindeki cezalarla cezalandırılması tartışılan bir konudur. Osmanlının uyguladığı İslam hukuku, Türkiye Cumhuriyeti’nin kullandığı bir hukuk olmamıştır. Buna rağmen, zina suç olarak uzunca bir süre Türk hukuk sisteminde varlığını sürdürdü. Bedeni cezalarla cezalandırılmamakla birlikte, hapis cezası

²⁶ HASANOV Eldar, s. 127.

²⁷ ÜÇÖK Coşkun, Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1946-03-01/AUHF-1946-03-01-Ucok.pdf>, s. 135. (E.T 12.11.2014)

²⁸ CİN Halil/ AKGÜNDÜZ Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, C.I (Giriş ve Kamu Hukuku), Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yay., İstanbul, 1995, s. 314 vd.

yaptırımıyla yaklaşık yirmi yıl öncesine kadar zina bir suç türü olarak ceza kanununda yer aldı.

C. İran İslam Hukukundan Bir Recm Örneği

İran Senendec 2. Ceza Genel Mahkemesi Direnme Kararı

Karar no: 1377-15

Dosya no: 1377-17

Soruşturma No: 1377-22

Karar Tarihi: 10.11.1998

Konu: Zina ve kasten öldürme

Dosyanın Özeti: 24.02.1995 tarihinde Yadollah isimli polis memurunun evinde öldürülmesi üzerine olay yerine gelen polislerin yaptığı araştırma sonucunda, ölen şahsın eşi Şahgul'ün şüpheli olduğu anlaşılmıştır. Şahgul ilk ifadesinde yatak odalarına giren yüzleri gizli iki silahlı soyguncunun, şahsın eşini önce etkisiz hale getirip sonra öldürdüklerini ifade etmiştir. Ardından da evdeki altınları çalıp kaçtıklarını beyan etmiştir. Ancak çiftin çocuklarının ifadelerinin farklı olması, anne ve babalarının sürekli tartıştıklarını, annelerinin Mansour adlı kişi ile ilişkileri olduğunu beyan etmişlerdir.

24.02.1997 tarihinde, Senendec 4. Ceza Genel Mahkemesi'nde dava görülmeye başlandı. Mahkemenin yaptığı araştırmalar sonucunda, Mansour, Şahgul ile aralarında gayr-ı meşru ilişkileri olduğunu itiraf etti. Şahgul ile birden fazla kez cinsel birliktelik yaşadığını ifade etti. Yadollah'ı, Şahgul'ün yardımıyla öldürdüğünü de ikrar etti.

Şahgul, savunmasında eşinin cinsel gücünün az olduğunu, bu sebeple kocasını aldattığını kabul etti. Bu sorunla ilgili doktora gittiklerini söylemesi üzerine mahkeme doktorun ifadesine başvurdu. Doktorun, Yadollah'ın böyle bir sorunu olduğunu, ancak yaralanmaya bağlı geçici bir durum olup, tedavisinin yapıldığını beyan etmesi üzerine; Şahgul'ün savunması kabul edilmedi.

Bekar olan Mansour, zinayla ilgili İslami Ceza Kanunu’nun 68,88 ve 100. maddelerine göre 100 kırbaç hadd; ve kasten öldürmeden dolayı da ilgili kanunun 205,206,207,219,232 ve 265. maddelerine göre idam yani kısas cezasına çarptırıldı. Şahgul ise kasten öldürmeye yardım etmekten İslCK m. 207’ ye göre 10 yıl hapis, zina sebebiyle 83 ve 103. maddelerine göre recm cezasına mahkûm edildi.

Şahgul’ ün avukatı hükme itiraz etti. İtiraz üzerine Divan-ı Ali 11. Dairede, dosya temyizen incelendi. Yüksek Mahkeme’nin üyeleri olayı tartıştı. Senendec 4. Ceza Mahkeme’sinin verdiği kararın yanlış olduğuna 13.04.1997 tarihinde karar verdi.

Yüksek Mahkeme üyeleri Şahgul’ün savunmasını dikkate alarak, olayın tam karşılığının İslCK’da bulunmadığını tespit etti bu nedenle İmam Humeyni’nin Tahriretolvesile adlı Şeriat kitabının 86. maddesine bakıldı. Bu maddeye göre, kocanın karısıyla birlikte olamaması durumunda, kocanın karısı evli durumda değildi. Ayrıca İslam hukukuna göre recm kararı verilebilmesi için dört şahit ya da 4 kez ikrara ihtiyaç vardı. Olayda recm kararı, ikrara dayanarak verilmişti. Mahkeme süresince, Şahgul’ün dört kez ikrarı mevcut değildi. Yapılan değerlendirme üzerine, Divan-ı Ali davanın tekrar görülmesi için dosyayı Senendec 2. Ceza Genel Mahkemesi’ne gönderdi.

Karar: Mahkeme dört kez ikrarın açıkça olmasa da, mahkeme süresince Şahgul’ün ifadelerinden anlaşıldığını yani ifadelerle dört kez ikrar şartının sağlandığını belirterek, 10.11.1998 tarihinde tekrar recm kararı vermiştir. Bu kararla birlikte hüküm kesinleşmiş ve infazı gerçekleştirilmiştir.

İslam hukukunda, hadis ve uygulamalarla yerleşmiş olan recm cezasının günümüzde halen uygulandığı bir gerçektir. 28.11.1991 tarihli İslCK, halen yürürlükte ve İslam hukukuna sıkıca bağlı bir ceza

kanunudur. Yukarıda değindiğimiz kararda da görüldüğü üzere şariat kuralları, olaya net bir şekilde uygulanmıştır.

Bu ceza türünün amacı çok açık ki toplumda caydırıcılığı sağlamaktır. Ancak bir suçun karşılığının bu kadar ağır olması, başka bir tehlikeyi de beraberinde getirmektedir. İşledikleri suçun cezasının, bu denli ağır olması; kişilerin suçu gizlemek için pek çok suç daha işlemesine sebep olur. Suçlarla cezalar arasında oran olması, hukukun en temel ilkelerinden biridir. Ayrıca cezaların ne kadar ağır olduğu değil ne kadar kaçınılmaz olduğu önemlidir. Ceza hukukunun önleme fonksiyonu, ancak bu şekilde sağlanabilecektir²⁹.

D. Osmanlı'dan Sonra Türk Hukukunda Zina

Osmanlı Devleti'nin yıkılmasından sonra kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devleti hukuki düzenlemelerde batıya yönelmiştir. Ceza Kanunu da İtalya'dan alınmıştır. Zina, Osmanlı'dan kalan 1858 tarihli Ceza Kanunu'nun yerine kabul edilen 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun Türkçe'ye iktibas sonucu, 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir.

Zina, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlığı altında 440-444. maddeleri arasında yer almıştır. ETCK, m. 440'a göre: '*Zina eden zevce hakkında üç aydan otuz aya kadar hapis cezası tertip olunur. Zevcenin bu fiiline şerik olan kimse hakkında dahi aynı ceza hüküm edilir.*' Bu madde kadının zinası için düzenlenmiştir.

ETCK' nın kocanın zinasını düzenleyen 441. maddesine göre: '*Karısıyla birlikte ikamet etmekte olduğu hanede yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için nikâhsız kadın tutmakta olan koca hakkında üç aydan otuz aya kadar hapis cezası hüküm olunur.*'

Yukarıda değindiğimiz İslam hukukunda dahi zina suçu kadın-erkek için farklı şekilde düzenlenmemiştir. Oysa hukuk devleti olma

²⁹ BECCARIA Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev.: SELÇUK Sami), İmge Yay., B.4, Ankara, 2014, s. 129, 130.

yolunda en büyük adımı atan, cumhuriyeti kabul etmiş olan devletin, ceza kanunundaki bu farklılığı anlamak mümkün değildir.

Osmanlı zina uygulamalarına baktığımızda, cezalandırmada medeni hal ve gelir durumu ceza miktarını belirleyicidir. Ancak kadın erkek farkı gözetilmemiştir. Zina yapan zengin kadınla zengin erkek, fakir kadınla fakir erkek arasında fark yoktur. Sopa başına düşen akçe miktarı, iki cins için de gelir durumlarının aynı olması şartıyla eşittir. Köleler ve cariyeler içinse hür erkek ve kadına verilecek cezanın yarısı uygun bulunur³⁰.

İki madde arasında kadın ve erkek bakımından ciddi farklar mevcuttu. Kadına tek bir cinsel ilişki ile ceza verilmesi mümkün iken erkek için, eş olmayan kadınla karı koca gibi yaşama, yani uzun süre tekrarlanan cinsel birlikteliğin cezalandırılması mümkün kılınmıştır.

Zina, cezalandırıldığı dönemde aile düzenine karşı suçlar içerisinde düzenlenmiştir. Koruduğu hukuki değer de genel ahlak ve aile düzeni olduğu kabul edilir. Gerçekten de Türk hukukunda aileye büyük değer atfedilir. Anayasa m. 41’de Türk toplumunun temelini aile olduğu belirtilir. Suçun gerçekleşmesi geçerli bir evlilik birliğinin olmasına bağlanır. Mutlak sakat bir evlilikte, zina suçu gerçekleşmez. Zinanın gerçekleşmesi İslam hukukuna paralel bir şekilde, kadın erkek arasında yaşanacak cinsel birleşmeye bağlanır. Aynı cinsler arasında yaşanacak cinsellikte, suçun varlığından söz edilmez. Bunun yanı sıra birleşmenin hangi yolla gerçekleştiği önem arz etmez. Suçun takibi hem kadın hem de erkek için, şikâyetle bağlanmıştır³¹.

Zinada korunan hukuki değerle ilgili bir başka görüş ise; eşlerin sadakat yükümlülüğünün, korunan değer olduğudur. Evlilik sözleşmesi karı-koca arasında din ve ahlakla ilişkili bağlar dışında, hukuki bağlar da kurar. Hukuki bağların en başında ise sadakat yükümlülüğü gelmektedir. Gerçekten medeni kanunda da kabul edilen sadakat yükümlülüğü zinayla

³⁰ YÜCEL Yaşar/PUHALA Selami, I. Selim Kanunnamesi (Tirana ve Leningrad Nüshaları 1512-1520), Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara, 1995, s. 32.

³¹ SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., B. 4, Ankara, 2002, s. 405-417.

ihlal edilir. Eşlerin birbirine karşı cinsel sadakat yükümlülüğü, zina suçunun hukuki konusunu oluşturur³².

1953 yılında ETCK’ da bazı değişiklikler yapılması gündeme gelmiştir. Değişiklikle ilgili TBMM’ de yapılan görüşmelerde, gerek m. 440 gerekse m. 441 görüşmeleri, Osmanlı Mebusan Meclisi’nde 1911 yılında yapılan tartışmaların ötesine geçememiştir. Kurulan yeni devlet, kabul edilen yeni hukuk sistemi ve aradan geçen uzun yıllar zihniyet değişikliği sağlamamıştır. Görüşmelerde bazı milletvekilleri şiddetle iki madde arasındaki düzenleme farkının kadın-erkek eşitliği yönünden kabul edilmez olduğunu savunduysa da, söz konusu namus olduğunda kadının erkekle eşit olamayacağı fikri daha fazla taraftar buldu³³.

Aynı dönemde ETCK m. 440’ın, değiştirilmesi için verilen kanun teklifi de dikkat çekicidir. Türk milletinin gelenekleri ve ahlaki yapısı üzerinde durularak, kanunda öngörülen cezanın az olduğu bu sebeple dört katına çıkarılması istenmiştir. Ülkede görülen cinayetlerin kadının ve kocanın zinasına bağlı olduğu da vurgulanmıştır³⁴.

Yasamanın düştüğü bu yanılgıya, kadının zinasının daha fena olduğu fikrine katılan önemli hukukçular da düşmüştür. Kadının zinasında, tek bir cinsel birleşmeyle hamile kalma riski olduğu, erkeğin zinasında bu kadar önemli bir durum olmadığı iddia edilmiştir. Kadının zina yaparak kendi şerefini kaybettiği bunun yanı sıra kocasını ve çocuklarını küçük düşürdüğü söylenmiştir. Toplumun yapısı ve kadın-erkek cinsiyetlerin doğasından kaynaklı farklılıkları olduğu da sıkça vurgulanmıştır³⁵.

Kadının zinasıyla, kocanın zinasının farklı şartlara bağlanması ve kocayı ayrıcalıklı konuma getiren bu düzenleme hiçbir şekilde hukuk

³² **HAFIZOĞULLARI** Zeki, Zina Cürümleri, Kazancı Hukuk Yay., İstanbul, 1983, s. 3.

³³ Detaylı bilgi için bkz., **ÖZKORKUT** Nevin Ünal, Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu, s.154, 155.

³⁴ **SAVAŞ** Vural/**MOLLAHAHMUTOĞLU** Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. III, Seçkin Yay., Ankara, 1995, s. 3953.

³⁵ Detaylı bilgi için bkz., **DÖNMEZER** Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, İÜHF Yay., B. 4, İstanbul, 1975, s. 358 vd.

devleti fikriyle örtüşmez. Kocanın zinasının da aynen kadının zinası gibi evlilik birliğine zarar verdiği açıktır. Bu farkın nesebin korunması veya erkeğin fiziki yapısıyla ilişkilendirilmesi, kanun karşısında yaşanan eşitsizliği açıklamaya yetmemektedir. Kocanın tek zina suçu, ailenin dağılması için yeterli görülmemiştir. Topluma bu bilincin yansıtılması dahi kadının konumunu aşağılayıcı niteliktedir. Hukuk sistemi bir bütündür. Medeni kanunda yer alan düzenleme, kadın erkek arasında bir ayrıma gitmemiştir. Geline nokta zina suç olmaktan çıkarılmıştır. Buna rağmen geçmişte oluşan algının da etkisiyle, toplumsal bakışta bir değişiklik yaşanmamış, gayri meşru ilişkiler kadın erkek arasında yaşandığı halde, toplum daha çok kadını suçlama eğiliminde olmuştur³⁶.

Zina veya evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocukların, nüfusa tescil edilmesi dahi Medeni Kanun kapsamında uzun yıllar Türk hukukunda tartışılmıştır. Bazı hukukçular, bu çocukların nüfusa tescil edilmemesini savunmuşlardır³⁷.

1968 yılında Anayasa Mahkemesi’ne kadın ve erkek için farklı düzenleme içeren ilgili kanun maddelerinin iptali istemiyle yapılan başvuru, mahkemece reddedilmiştir. Üstelik Anayasa Mahkemesi tam anlamıyla bir değerlendirme bile yapmayıp, iddiayı 441. maddedeki suçun failleri olan kadın ve erkek açısından değerlendirmiş, eşitlik ilkesine uygun bulmuştur. Yapılan incelemenin usulen yanlış olduğunu belirten, karşı oylar dikkate alınmamıştır³⁸.

Zinayı erkek için düzenleyen ETCK m. 441 Anayasa Mahkemesi tarafından 23. 9. 1996 tarihinde iptal edildi³⁹. Gerekçe ise şu şekilde oldu:

³⁶ Detaylı bilgi için bkz., **SANCAR** Türkan Yalçın, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yay., Ankara, 2013, s. 165.

³⁷ **AKSOY** Muammer, Evlilik Dışı Çocuklar ve İmam Nikahı Meselesinde Tutulan Yol Çok Yanlış ve Tehlikelidir, Hukuk ve Siyaset Makaleleri, 1955-1965, Türk Hukuk Kurumu Yay., Ankara, 2009, s. 11.

³⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 1968/13, K: 1968/56, <http://www.kararlariyeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/061488a3-65d6-47ab-9d4d-98775546ff23?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T 13.11.2014)

³⁹ Anayasaya Mahkemesi Kararı, E: 1996/15, K: 1996/34,

"... insanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar."

İki yıllık aradan sonra kadının zinasını düzenleyen ETCK m. 441, Anayasa Mahkemesi'nin 23.6.1998 tarihli kararıyla kaldırıldı⁴⁰. Bu kararın gerekçesi ise şöyleydi:

"Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer. Ayrıca eşitlik, bireyler arasındaki farklılıkların gözardı edilerek herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı tutulması anlamında da algılanamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayrımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı halde, cinsiyetten başka bir nedene dayanmayan ayrımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluşturmurlar."

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin "Başlangıç" kısmında, "Birleşmiş Milletler Halklarının, Birleşmiş Milletler Antlaşmasında temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların hak eşitliğine olan inancını yeniden belirttikleri"

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/111f4fd5-6607-4154-b52d-ee5adea767d0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 13.11.2014)

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 1998/3, K: 1998/28, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/469b7ba9-a9dc-40b1-9194-9b8ce184e2e0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T 13.11.2014)

açıklanmakta; 2. maddesinde, "Herkes; ırk, renk, cinsiyet ... gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin Bildirgede öne sürülen tüm hak ve özgürlüklere sahiptir" denilmekte; 7. maddesinde, "Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunmaya hakkı vardır. Herkes, bu Bildirgeye aykırı her türlü ayırdedici işlem ve böyle bir işlem için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır" kuralına yer verilmektedir.

"İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi"nin "Başlangıç" kısmında, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne gönderme yapılarak, Bildirge'deki hakların evrensel ve etkin olarak tanınması ve gözetilmesinin güvence altına alınması amacından söz edilmekte; 14. maddesinde de, "Bu sözleşmede öne sürülmüş olan hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, dil, din... ayrımı gözetilmeksizin herkes için sağlanır" denilmektedir.

Mahkeme nihayet gerçek bir eşitlik ilkesi tanımlaması ve tartışması yapmış, zinayı Türk ceza hukuku sisteminden kaldırmıştır. O dönemde yüksek mahkemenin üyelerinden bazıları, kocanın zinasını düzenleyen hüküm uygulamadan kaldırıldığı halde kadının zinasının eşitliğe aykırı olmadığını savunmuştur.

5237 sayılı TCK'nın kabul ediliş sürecinde zina yoğun olarak gündemdeydi. Kanunda yeniden zinanın yer alması gerektiği şeklinde görüşler vardı. Hatta savunulan görüşler, yaşanan tartışmalar kanunun diğer maddelerinin yeteri şekilde görüşülemeden kabul edilmesine neden oldu⁴¹.

E. Zinanın Suç Olarak Nitelendirilmesi Sorunu

Yukarıda verilen tüm bilgiler ışığında, tartışılması gereken bir diğer husus zinanın, suç olması sorunudur. Zinanın hangi gerekçelerle suç olduğu tartışılmakla beraber en dikkat çekici nokta evrenselliğidir. İslam

⁴¹ Detaylı bilgi için bkz., **AYDIN** Devrim, Kronik Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanış Süreci, <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/59/4/devrimaydin.pdf>. (E.T 14.11.2014)

hukuku, Osmanlı hukuku ve TCK çerçevesinde yapılan açıklamalarla birlikte irdelenmesi gereken husus, birçok toplumda zinanın neden cezalandırılması gereken bir fiil olduğudur. Zinanın yolu ceza hukukuyla kesişmişti fakat bu gerekli miydi? Cezalandırma fikrinin temelinde yatan sebeplerin, karşılıklı rızayla yaşanan cinsellikle bu kadar iç içe geçmesi ne derece doğrudu? Din, ahlak ve toplumsal düzen çemberinde gelişen zina tarihine insanlığın ne kadar ihtiyacı vardı? Belki de en önemlisi zinanın cezalandırılması, ceza hukuku amaçlarına ne kadar uygundu?

Cinsel suçların tarihine bakıldığında, özellikle iki tarafın rızası olduğu halde suç olarak düzenlenen gruptaki cinsel suçlarda, yaptırımın amacı toplumun suçtan korunması değildir. Aslında amaç suçun yarattığı (suçla ortaya çıkan) toplumun duygusal tepkisini yatıştırmaktır. Bu tür suçlar öncelikle genel ahlaka karşı suç sayılmış, sonraki aşamalarda aile düzenine karşı kabul edilmiştir⁴².

Tarihsel süreçte, modern toplumlarda olduğu gibi ilkel toplumlarda da her dönem suç olarak nitelendirilen, toplumsal olaylar (filler) görülmüştü. Hangi davranışların suç teşkil edip cezalandırılacağı toplumdan topluma farklılık gösterir⁴³.

Toplumsal düzenin sağlanması için geçmişten bugüne din, ahlak ve geleneklerden faydalanılmıştır. Günümüze kadar ulaşmış, en işlevsel sistem hukuktur. Hukukun farklı dalları için belirlenen yaptırımlarla her alanda, toplumsal düzen korunmaya çalışılır. İhlal edilen değerlerin niteliği, uygulanacak yaptırımın da şiddetini belirler. Ceza normları ise düzenin bozulması karşısında başvurulacak son çaredir. Meşru bir ceza hukukunun varlığı için, cezanın toplumsal açıdan gerçekten gerekli olup olmadığı belirlenmelidir⁴⁴.

⁴² CAN Cahit, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Siyasal Yay., Ankara, 2012, s. 476.

⁴³ UMA Hakkı, Ceza Hukuku (Ders Notları), Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Neşriyat ve Yardım Bürosu Yay., Ankara, 1971, s. 1, 2.

⁴⁴ SANCAR Türkan Yalçın/ KÖPRÜLÜ Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Yay., Ankara, 2014, s. 1, 2.

Ceza kanunlarında yer alan suçların, korumaları gereken hukuki değerler bulunmalıdır. Ceza kanunları da tıpkı diğer kanunlar gibi, bir iktidarın iradesinin ürünüdür. Suçların konuluşunda devlet modellerinin etkisi şüphesiz ki olur. Hukuki değer ne olduğu hangi değerlerin ceza kanunlarında yer alması gerektiği geçmişten günümüze tartışıldı. Ceza hukukuna her devletin ihtiyacı olmakla birlikte, devletlerin kendi dinamikleri de ceza kanunları üzerinde her zaman etkili olmuştur⁴⁵.

Cezalandırma ile amaçlanan sonuçlar önleme ve ıslahıdır. Bu amaçlar gerçekleştirilmeye çalışılırken, devletin menfaatleri dengede tutması gerekir. Hukuk genel olarak, toplumu korumayı amaçlar ve bu sebeple bireysel özgürlüklere sınırlamalar getirir⁴⁶.

Ceza kanunlarının önemli bir işlevi; belirlenen cezalarla, suç işleme iradesi oluştuğunda bu iradenin ortadan kalkmasını sağlayacak psikolojiyi oluşturacak bir güç oluşturmaktır. Özellikle suça eğilimli kimselerin, suç işleme iradesini ortadan kaldırmak ceza hukukunun önemli bir işlevidir. Kısaca ceza, suç işleyecek kimseler için psikolojik bir şiddettir⁴⁷.

Suçun ahlakla ilişkisi yadsınamaz bir gerçektir. Suçun gelişim tarihi içerisinde, ahlaktan etkilendiği olmuştur; ancak ahlaka uygun olmayan her davranış, ceza hukukunun koruma alanında değildir. Ahlak hukuk ilişkisi kesişen iki daire gibidir. Ceza kuralları, ahlakla uyumlu olduğu sürece bireylerin bu kurallara riayet etmeleri kolaylaşır. Burada sınırların belirlenmesi oldukça önemlidir. Ceza kurallarına dahil edilenler, ahlaka aykırılıkların en ciddileri olmalıdır. Aksi durumun kabulü, ceza hukukuna keyfiliğin hâkim olmasına neden olacaktır. Unutulmamalıdır ki hukukun ahlakla kesiştiği noktalar olmakla birlikte, birbirlerinden ayrıldığı net çizgiler de mevcuttur⁴⁸.

⁴⁵ Detaylı bilgi için bkz., **ÜNVER** Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yay, Ankara, 2003, s. 37 vd.

⁴⁶ **TOROSLU** Nevzat, Ceza Hukuku, Savaş Yay., Ankara, 1998, s. 5, 6.

⁴⁷ **HAFIZOĞULLARI** Zeki, Ceza Normu-Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Yay., B.2, Ankara, 1996, s. 181, 182.

⁴⁸ **TOSUN** Öztekin, Suç Hukuku Dersleri (Giriş-Ceza Kaidesi-Unsurlar), Sermet Yay., İstanbul, 1967, s. 31-33.

Aristoteles ahlakın konusunu, ‘*insanın iradesiyle icra ettiği davranışlarıyla ulaşmak istediği nihai son olan en yüksek iyi*’ olarak tanımlamıştır⁴⁹. İslam hukukunda ahlak; iyiyi arayıp bulmak ve kötülüklerden uzak durmak anlamında kullanılmıştır⁵⁰. Hristiyan ahlak anlayışı; insan doğduğunda ahlakla donatılmıştır, yaşam içinde doğru ya da yanlış ise kendisi seçer, şeklindedir⁵¹.

Ahlak ve hukuk, konu ve içerik bakımından, aynı düzlemedir. Her ikisi de, insan ve insan davranışına yönelmiştir; ahlak “iyi” ,hukuk ise “adalet” arayışındadır. İkisinin hedefinde de yüksek değerler vardır. Adaletin, ahlaken iyi olanı içinde barındırması, hukukla ahlak birlikteliğini sağlayan diğer bir önemli noktadır. Ahlakın temelinde niyet ahlakı vardır; davranışa dönüşen somutlaşan ahlak, beklenen sonuçtur. Toplumsal hayatta yansıması bulunan ahlaki tercihler, hukuk için de katkı sağlayacaktır⁵².

Özellikle ahlaka ilişkin olup da başkalarına zarar vermeyen fiillerin, ceza kapsamına alınması ne kadar doğrudur? Suçun tekrar işlenmesinin önlenmesi gibi bir amaçtan uzak, salt ahlaki kınamayı gerektiren ahlaki bir norma karşı geldi diye bireyleri cezalandırma fikri; dini inancı gösterme biçimi olan insan kurban etmekten farklı değildir. Bu düşünce, “hukuk ahlakı koruduğu için mi değerlidir”, sorusunu gündeme getirir⁵³.

Zinanın cezalandırılma gerekçelerinde; ahlaka yer verilmesi kişiden kişiye değişebilecek kavramların suçun hukuki konusu yapılmasının, tüm

⁴⁹ Aristoteles'in ahlak anlayışının kapsamlı olarak ele alındığı makale için bkz.,**KAYA** Mahmut, *Aristoteles'in Ahlâk ve Siyâset Felsefesinin İslam Dünyasına Yansıması*, <http://journals.istanbul.edu.tr/iufad/article/viewFile/1023017732/1023016974>, s. 211, (E.T. 13.07.2014)

⁵⁰ **ALTINTAŞ** Hayrani, *İslam Ahlakı*, Akçağ Yay., Ankara, 1999, s. 14.

⁵¹ **ÜÇAL** Turgay/**DEREK**Malcolm, *Hristiyan Ahlakı*, Ön Asya Yay., İstanbul, 2000, s. 34.

⁵² **İŞIKTAÇ** Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, Alkım Yay., İstanbul, 1997, s. 11, 12.

⁵³ **HART** H.L.A, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, (Çev. ÖZ Erdal), Dost Yay., B.3, Ankara, 2014, s. 65.

zararlı sonuçlarını doğurmaktadır. Zinada suçun hukuki konusuna ilişkin hangi görüş kabul edilirse edilsin, tatmin edici olmaktan uzaktır.

Modern hukuk sistemlerinde, zinanın suç olarak düzenlenmesi fikrine katılmak güçtür. Evrensel hukuk kurallarıyla birlikte değerlendirildiğinde, zinanın suç olmaktan çıkarılmış olması isabetlidir. Devlet aile kurumunu korumak için, ceza kanunlarından faydalanmamalıdır. Aile kurumunun korunması amacıyla medeni kanunda düzenlemeler yapılabilir. Ceza hukukunun koruma alanının genişletilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine ağır müdahaledir. Bu nedenle ahlaki kınama ve suç farkının iyi belirlenmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- AKMAN Mehmet,** Osmanlı Ceza Hukuku Çalışmaları Üzerine Bir İcmal, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, 2005, s. 489-512.
- AKSOY Muammer,** Evlilik Dışı Çocuklar ve İmam Nikahı Meselesinde Tutulan Yol Çok Yanlış ve Tehlikelidir, Hukuk ve Siyaset Makaleleri, 1955-1965, Türk Hukuk Kurumu Yay., Ankara, 2009.
- AKŞİT M. Cevat,** İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, Gümüşev Yay., İstanbul, 2011.
- ALTINTAŞ Hayrani,** İslam Ahlakı, Akçağ Yay., Ankara, 1999.
- AVCI Mustafa,** Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yay., Konya, 2010.
- AYDIN Devrim,** Kronik Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hazırlanış Süreci, <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/59/4/devrimaydin.pdf>, (E.T 14.11.2014)

AYDIN M. Akif, Ceza,

<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c07/c070341.pdf>, (E.T 11.11.2014)

AYDIN M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yay., İstanbul, B.3, 1999.

BECCARIA Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev.: SELÇUK Sami), İmge Yay., B. 4, Ankara, 2014.

CAN Cahit, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Siyasal Yay., Ankara, 2012.

CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, C.I (Giriş ve Kamu Hukuku), Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yay., İstanbul, 1995.

CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yay., Konya, 2003.

ÇELEN Mehmet, İslam Hukukunda Zina ve Recm, Denge Yay., İstanbul, 2006.

DÖNMEZER Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, İÜHF Yay., B. 4, İstanbul, 1975.

EKİNCİ Ekrem Buğra, Hukukun Serüveni, Arı Sanat Yay., İstanbul, 2011.

ERTURHAN Sabri, İslam Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar, Rağbet Yay., İstanbul, 2008.

ESEN Hüseyin, Zina,
<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c44/c440268.pdf>, (E.T 13.11.2014)

FİDAN Yusuf, İslamda Azınlık ve Yabancı Hakları (İslam Hukuku'nda Ehl-i Kitab Kavramı ve Hükümleri, Ensar Yay., Konya, 2005.

HACIKADİROĞLU Vehbi, Özgürlük Hukuku, Cem Yay., İstanbul, 1992.

- HAFIZOĞULLARI Zeki**, Zina Cürümleri, Kazancı Hukuk Yay., İstanbul, 1983.
- HAFIZOĞULLARI Zeki**, Ceza Normu-Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Yay., B.2, Ankara, 1996.
- HART H.L.A**, **Hukuk**, Özgürlük ve Ahlak, (Çev.: ÖZ Erdal), Dost Yay., B. 3, Ankara, 2014.
- HASANOV Eldar**, İslam Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Yahudi Hukukunda Zina ve Benzeri Cinsel Suçlar, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (yükseklisans tezi). (E.T 27.10.2014)
- HEYD Uriel**, Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat, (Çev. EROĞLU Selahaddin), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/731/9319.pdf>, (E.T 27.10.2014)
- İŞIKTAÇ Yasemin**, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, Alkım Yay., İstanbul, 1997.
- KAYA Mahmut**, Aristoteles'in Ahlâk ve Siyâset Felsefesinin İslam Dünyasına Yansıması, <http://journals.istanbul.edu.tr/iufad/article/viewFile/1023017732/1023016974>, (E.T. 13.07.2014)
- KESKİOĞLU Osman**, Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., B.5, Ankara, 2009.
- KOÇAK Muhsin/DALGIN Nihat/ŞAHİN Osman**, İslam Hukukuna Giriş Aile Hukuku Miras ve Ceza Hukuku, Ensar Yay., İstanbul, 2013.
- KÖPRÜLÜ Fuad**, Ortazaman Türk Hukuki Müesseseleri İslam Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?, İstanbul Devlet Yay., İstanbul, 1937.

- ÖZKORKUT Nevin Ünal**, İslam Ceza Hukukunda Kadın, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/266/2403.pdf>, (E.T 12.11.2014)
- ÖZKORKUT Nevin Ünal**, Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu, Siyasal Yay., Ankara, 2009.
- SANCAR Türkan Yalçın**, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yay., Ankara, 2013.
- SANCAR Türkan Yalçın/ KÖPRÜLÜ Timuçin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Yay., Ankara, 2014.
- SAVAŞ Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. III, Seçkin Yay., Ankara, 1995.
- SOYASLAN Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., B. 4, Ankara, 2002.
- TOROSLU Nevzat**, Ceza Hukuku, Savaş Yay., Ankara, 1998.
- TOSUN Öztekin**, Suç Hukuku Dersleri (Giriş-Ceza Kaidesi-Unsurlar), Sermet Yay., İstanbul, 1967.
- TÜRKCAN Talip** (Editör), İslam Hukuku El Kitabı, Grafiker Yay., B.2, Ankara, 2013.
- UMA Hakkı**, Ceza Hukuku (Ders Notları), Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Neşriyat ve Yardım Bürosu Yay., Ankara, 1971.
- UMUR Ziya**, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, C.I, Beta Yay., İstanbul, 1993.
- ÜÇAL Turgay/DEREK Malcolm**, Hristiyan Ahlakı, Ön Asya Yay., İstanbul, 2000.
- ÜÇÖK Coşkun**, Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler,

<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1946-03-01/AUHF-1946-03-01-Ucok.pdf>, (E.T 12.11.2014)

ÜÇOK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yay., Ankara, B.8, 1996.

ÜÇOK Coşkun/MUMCU Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yay., B.7, Ankara, 1991.

ÜNVER Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yay, Ankara, 2003.

YERLİKAYA Ünal, Hukuk-Değer İlişkisi Açısından İslam Ceza Hukuku Normları,

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=7d53ed97e31a8bd3a2299a654f557131e044ef76c6f530f3f942aee1024b45c217587da8c1425922>, (Doktora Tezi), (E.T 13.11.2014)

YÜCEL Yaşar/PUHALA Selami, I. Selim Kanunnamesi (Tirana ve Leningrad Nüshaları1512-1520), Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara, 1995.

ZEYDAN Abdülkerim, İslam Hukukuna Giriş (Çev., ŞAFAK Ali), Kayıhan Yay., İstanbul, 2011.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 1968/13, K: 1968/56,
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/061488a3-65d6-47ab-9d4d-98775546ff23?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>,
(E.T 13.11.2014)

Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 1998/3, K: 1998/28,
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/469b7ba9-a9dc-40b1-9194-9b8ce184e2e0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>,
(E.T 13.11.2014)

Anayasaya Mahkemesi Kararı, E: 1996/15, K: 1996/34,
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/111f4fd5-6607-4154-b52d-ee5adea767d0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>,
(E.T. 13.11.2014)

KISALTMALAR

B.	: Bası
bkz.	: Bakınız
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
ETCK	: Eski Ceza Kanunu (765 Sayılı)
İslCK	: İslami Ceza Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
s.	: Sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Yay.	: Yayınları
vd.	: ve devamı

REKABET SAVUNUCULUĞUNDA YENİ BİR ARAÇ: REKABET KURUMU'NUN BASIN BÜLTENLERİ

Ahmet Fatih ÖZKAN*

ÖZET

Son yıllarda Rekabet Kurulu internet sitesinde motorlu taşıtlar sürücü kurslarına ve ekmek üreticilerine hitap eden iki farklı basın bülteni yayımlamıştır. Rekabet Kurulu bu basın bültenlerinde ilgili sektörlerde sıkça rastlanan bazı davranışların 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca yasaklanmış olduğunu belirtmiş ve bu davranışları ilgili sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüslere proaktif bir biçimde ilan etmiştir. Bu basın bültenleriyle Rekabet Kurulu, rekabet savunuculuğu faaliyetleri kapsamında yeni bir adım atmış ve rekabet savunuculuğunu muhataplarıyla doğrudan ilişkiler çerçevesinde yapma seviyesine yükselterek iş dünyasında daha geniş kitlelere ulaşmayı hedeflemiştir. Rekabet Kurulu'nun bu girişimleri Türkiye'de yerleşik bir rekabet kültürü oluşturmak yolunda çitayı yükselttiğinin bir işareti olarak algılanabilir. Bu makalede söz konusu basın bültenlerinden yola çıkılarak Rekabet Kurulu'nun Türkiye'de bir rekabet kültürü oluşturulması ve geliştirilmesi noktasında rekabet savunuculuğu faaliyetleri incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet Savunuculuğu, Rekabet Kültürü, Rekabet Politikası, Basın Bülteni, Öncül (Ex Ante) Müdahale

* Doktora Öğrencisi (Rekabet Hukuku, University of Sussex/İngiltere), LL.M. (Hukuk ve Ekonomi, Bilkent Üniversitesi), LL.B. (Hukuk, Bilkent Üniversitesi). Değerli yorumları ile bu çalışmaya katkıda bulunan Sn. Gökşin Kekevi'ye teşekkürlerimi sunarım.

A NEW TOOL IN COMPETITION ADVOCACY: PRESS RELEASES OF THE TURKISH COMPETITION AUTHORITY

Abstract

The Turkish Competition Authority has recently published in its website two different press releases specifically addressed to driving schools and bread manufacturers. It has identified in these press releases the most common practices in the relevant markets that are prohibited under the Act on the Protection of Competition 1994 and proactively announced them to undertakings operating in those markets. With these press releases, it has taken a new step in its competition advocacy activities and redirected its strategy towards direct contact with the targets of those activities with a view to expanding their reach in the business world. These initiatives of the Turkish Competition Authority can be taken to mean that it has raised the bar in its efforts to establish a well-entrenched competition culture in Turkey. Using these press releases as an illustration, this article analyses the competition advocacy activities carried out by the Turkish Competition Authority in establishing and promoting a competition culture in Turkey.

Keywords: Competition Advocacy, Competition Culture, Competition Policy, Press Release, Ex Ante Intervention

GİRİŞ

Rekabet Kurulu (Kurul) 07.08.2012 tarihinde internet sitesinde motorlu taşıtlar sürücü kursları sektörüne hitap eden bir basın bülteni yayımlamıştır¹. Aslında Kurul'un normal uygulamasında birçok duyurusu internet sitesinde yayımlanmaktadır. Bu bağlamda belli bir teşebbüs veya teşebbüsler hakkında soruşturma açtığını ya da yürütülen bir

¹ Bkz. "Motorlu Taşıtlar Sürücü Kursları Sektöründeki Rekabet İhlallerine İlişkin Açıklama", <<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Guncel/Motorlu-Tasitlar-Surucu-Kurslari-Sektorundeki-Rekabet-Ihlallerine-Iliskin-Aciklama>> Erişim Tarihi: 20.09.2014.

soruşturmanın tamamlandığını, yapacağı sözlü savunma toplantılara davetlerini, gerçekleştireceği çeşitli etkinlikleri, hazırladığı raporları vb. güncel haberleri sık sık internet sitesinde duyurmaktadır. Ancak bu makalenin konusunu oluşturan basın bülteni belki de bugüne kadar eşî görölmemiş bir duyuru niteliğı taşımaktadır. Bu bülten ile Kurul eski kararlarına ve güncel soruşturmalarına dayanarak Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüm sürücü kurslarını rekabete aykırı, özellikle bültende tespit ettiğı ve ilgili pazarda yaygın olarak görölen, bir dizi davranışlarda bulunmamaları konusunda uyarmıştır.

Motorlu taşıtlar sürücü kursları sektörüne ilişkin bu duyurudan birkaç ay sonra 22.02.2013 tarihinde bu kez ekmek üreticileri için benzer bir duyuru Kurul'un internet sitesinde yayımlanmıştır². İlk duyurusuna benzer bir biçimde Kurul, kendisine sıkça yapılan şikâyetlerden yola çıkarak ekmek sektöründe yaygın olarak görölen rekabet karşıtı birtakım davranışlara dikkat çekip, gerek ekmek üreticilerini gerekse meslek ve ticaret odalarını 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) kapsamında cezai yaptırıma maruz kalmamaları için uyarmıştır. Ancak Kurul motorlu taşıtlar sürücü kursları sektörüne ilişkin bülteninden bir adım daha öteye giderek ekmek sektörüne ilişkin bülteninde, meslek ve ticaret odaları suretiyle ekmek üreticilerine gönderilmek üzere bir de mektup hazırlamıştır. Mektubunda Kurul, ekmek sektöründeki birtakım yapısal sorunların göröldüğünü kabul etmesine rağmen ekmek üreticilerinin, rekabetten kaçınmak amacıyla 4054 sayılı Kanun'a aykırı davranışlar içine girmemeleri gerektiğini vurgulamıştır.

Bir dosya kapsamında haklarında ön araştırma veya soruşturma açılmış bulunan teşebbüslere, rekabet ihlaline yol açtığı iddia edilen davranışlara nasıl son verecekleri konusunda görüş bildirilmesi Kurul'un, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, sıkça başvurduğu bir yöntem olarak öne çıkmaktadır. Ancak söz konusu basın bültenlerinde Kurul bu uygulamasının kapsamını daha da genişletmiştir. Her iki basın

² Bkz. "Ekmek Üreticilerine Rekabet Uyarısı", <<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Guncel/Ekmek-Ureticilerine-Rekabet-Uyari>> Erişim Tarihi: 20.09.2014.

bülteninde de Kurul ilgili sektörlerdeki teşebbüslerin tümüne, herhangi bir önaraştırma ya da soruşturma tarafı olsun olmasın, rekabet ihlaline yol açabilecek birtakım davranışlarda bulunmamaları, hâlihazırda söz konusu türden davranışlarda bulunuyorlarsa bu davranışlara derhal son vermeleri konusunda bir çağrıda bulunmaktadır. Esasen rekabete aykırılık iddialarının incelendiği soruşturmalarda bir rekabet ihlalinin tespiti halinde ilgili teşebbüse veya teşebbüslere 4054 sayılı Kanun’da öngörülen yaptırımlar uygulanır ve ihlale derhal son vermeleri bildirilir. Bu karar soruşturma konusu teşebbüsler için bağlayıcıdır; ilgili pazardaki diğer teşebbüsler için hukuken bağlayıcı bir etki doğurmaz ve söz konusu teşebbüslere yönelik bir uyarıda bulunulmaz.

Bunun bir nedeni de rekabet hukuku kurallarının doğrudan rekabeti teşvik eden veya teşebbüsleri rekabet etmeye ya da belli bir biçimde davranmaya zorlayan bir niteliğinin bulunmamasıdır. Aksine rekabet hukuku, rekabete aykırı durumları *ex ante* önleyerek (öncül müdahale) veya *ex post* ortadan kaldırarak (ardıl müdahale) rekabeti korur. Rekabet ihlallerinin hiç meydana gelmemesi ise toplumda ve teşebbüsler nezdinde belli bir rekabet kültürünün varlığı veya oluşturulması ile doğrudan ilgilidir. Rekabet savunuculuğu, bu noktada rekabet hukuku uygulanmasından elde edilen faydaları arttırabilir, böylece rekabet hukuku uygulamasını tamamlayıcı bir rol oynar³. İlk kez motorlu taşıtlar sürücü kursları sektörüyle başlayan ve ekmek sektörüyle devam ettirilen basın bülteni yayımlama uygulamasıyla Kurul, toplumun her seviyesinde yerleşik bir rekabet kültürü oluşturma hedefiyle uzun yıllardır büyük bir önem verdiği rekabet savunuculuğu faaliyetleri kapsamında iş dünyasına doğrudan ilişkiler çerçevesinde hitap etmek suretiyle yeni bir adım atmıştır.

Bu makalede söz konusu basın bültenleri özelinden yola çıkılarak Türkiye’deki rekabet kültürü hakkında değerlendirmelerde bulunulmakta ve Kurul’un Türkiye’de bir rekabet kültürü oluşturulması ve geliştirilmesi

³ *Dabbah M*, International and Comparative Competition Law, Cambridge University Press, İngiltere, 2010, s.67.

noktasında rekabet savunuculuğu faaliyetlerinde ulaştığı nokta incelenmektedir. Makalenin birinci bölümünde Kurul'un motorlu taşıtlar sürücü kurslarına yönelik basın bülteni ile bu basın bültenine esas oluşturan güncel soruşturmaları ve geçmiş kararları değerlendirilmektedir. Buna paralel olarak, ikinci bölümde Kurul'un ekmek üreticilerine yönelik basın bülteni ile geçmiş uygulamaları ele alınmaktadır. Üçüncü bölümde ise Türkiye'de rekabet algısı ve rekabet kültürünün düzeyi masaya yatırılmakta ve basın bültenleri üzerinden Kurul'un rekabet savunuculuğu faaliyetleri suretiyle toplumun rekabet konusunda eğitilmesi noktasındaki rolü ve önemi inceleme konusu yapılmaktadır.

1. KURUL'UN MOTORLU TAŞITLAR SÜRÜCÜ KURSLARINA YÖNELİK BASIN BÜLTENİ VE GEÇMİŞ UYGULAMALARI

1.1. Motorlu Taşıtlar Sürücü Kursları Basın Bülteni

Motorlu taşıtlar sürücü kursları sektörüne yönelik basın açıklamasında Kurul ilk olarak söz konusu sektörün Türkiye'de rekabet ihlali iddialarının en yaygın görüldüğü sektörlerden biri olduğunu belirtmekte, bu durumun temel nedenlerinden birisi olarak da 4054 sayılı Kanun'un temel yasaklayıcı hükümleri hakkında "sektördeki bilgi eksikliği" olduğuna işaret etmektedir. Kurul, Rekabet Kurumu'na (Kurum) iletilen çok sayıda ihbar ve şikâyetler sonucu, ilgili sektörde faaliyet gösteren sürücü kursları ile bu sürücü kurslarının ve yöneticilerinin bir araya gelerek oluşturduğu derneklerin, birliklerin, federasyonların vb. söz konusu bilgi eksikliği karşısında "bilgilendirilmesi amacıyla" basın bülteninde yer alana açıklamaların "yapılması ihtiyacının hâsıl olduğunu" ifade etmektedir. Böylece Kurul'un basın bülteninin çıkış noktasını, teşebbüslerin ticari faaliyetlerde bulunurken uymakla yükümlü olduğu rekabet kuralları hakkında yeterince bilgi sahibi olmamaları oluşturmaktadır.

Sektör hakkında değerlendirmelerde bulunan Kurul, Türkiye'de sürücü kurslarına gösterilen talebin sürücü kursu arzından daha az olduğunu, mevcut sürücü kurslarının denetiminde eksikliklerin

görüldüğünü, sürücü kurslarının kendilerinden beklenen asgari eğitim standartlarını sunamadıkları, bunun sonucunda da kurs ücretlerini düşürmek durumunda kalabildiklerini ifade etmektedir⁴. Sektördeki bu “kronik sorunlar”ın varlığına rağmen Kurul, bu durumun sürücü kurslarının rekabet ihlaline yol açacak faaliyetlerine bir mazeret kabul edilemeyeceğini vurgulamaktadır. 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin metnine yer veren Kurul, söz konusu madde gereği her sürücü kursunun başta kurs ücretlerinin belirlenmesi olmak üzere rekabetçi bir piyasada ticari hususlara ilişkin kararlarını bağımsız bir biçimde alması gerektiğinin önemine dikkat çekmektedir. Bu doğrultuda sürücü kurslarının birlikte hareket ederek kurs ücretlerini belirlemesi, tavsiye etmesi veya herhangi bir biçimde anlaşma yoluna gitmeleri 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Kurul söz konusu basın bülteninde sürücü kurslarının özellikle kurs ücretlerini ve yapılacak indirimleri tespit etmelerinin, bir eğitim döneminde kaydedilecek azami kursiyer sayısını birlikte belirlemelerinin, pazar ya da müşteri paylaşımlarının, havuz uygulaması yoluyla gelirleri paylaşımlarının ve aralarında yaptıkları rekabete aykırı anlaşmalara uyumu sağlamak üzere çeşitli cezalandırma mekanizmaları kurmalarının 4054 sayılı Kanun tarafından yasaklandığının altını çizmektedir. Söz konusu faaliyetlerin sektörde yaygın birer uygulama haline gelmesine rağmen, 4054 sayılı Kanun’a göre bu türden davranışları gerçekleştiren sürücü kurslarının bir önceki mali yıldaki cirolarının yüzde 10’una kadar idari para cezaları ile cezalandırılabileceğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun’da öngörülen yaptırımlarla karşı karşıya kalmamaları açısından, sürücü kurslarının rakipleriyle birlikte adı geçen türden davranışlara yol açacak biçimde anlaşmalar yapmamaları gerektiği ifade edilmiştir.

⁴ Esasen Kurul motorlu taşıtlar sürücü kursları sektörüne ilişkin 19.02.2010 tarih ve SA-10-MY sayılı bir sektör araştırması raporu hazırlamış ve sektöre yönelik kapsamlı tespit, değerlendirmeler ve çözüm önerilerinde bulunmuştur. Ayrıca Kurul bu raporda tespit ettiği sorunları, Özel Motorlu Taşıtlar Sürücü Kursları Yönetmelik Taslağı’na ilişkin gönderdiği görüşünde de tekrarlamış ve Milli Eğitim Bakanlığı’nın dikkatine sunmuştur.

1.2. Motorlu Taşıtlar Sürücü Kurslarına Yönelik Soruşturmalar ve Geçmiş Kararlar

Kurul'un motorlu taşıtlar sürücü kursları sektörüne yönelik soruşturmaları ve geçmiş kararları bahsi geçen basın bülteninin yayımlanmasına sebebiyet vermiş, bu sayede Kurul sektörde yaygın olarak karşılaştığı rekabet ihlalleri hakkında sürücü kurslarını önceden uyarma imkânı bulmuştur⁵. Söz konusu sektör, özellikle son zamanlarda Kurul'u görece meşgul eden sektörlerden biri olarak uygulamada yerini almaktadır. Basın bülteninde, basın bülteninin yayımlandığı tarihten itibaren gerekli denetimleri arttıracığına dikkat çeken Kurul bu açıklamasına uygun davranarak Türkiye'nin çeşitli il ve ilçelerinde faaliyet gösteren çok sayıda sürücü kursu hakkında ard arda soruşturmalar açmıştır.

Kurul'un motorlu taşıtlar sürücü kursları sektörüne yönelik yayımlanmış 28 kararı bulunmaktadır⁶. Bu kararların ezici çoğunluğunda (25 kararda) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlali iddiaları ele alınmış, bir tanesinde ise 6. madde ihlali incelenmiştir⁷. Bu kararların bir kısmında 4054 sayılı Kanun'a aykırılık iddialarının ispatlanamaması üzerine dosya kapatılmış⁸, bir kısmında ilgili pazarda rekabet karşıtı etki doğmadığı gerekçesiyle soruşturma açılmamış⁹, diğer bir kısmında 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiğine karar verilmiş ancak ihlali gerçekleştiren sürücü kurslarına herhangi bir idari para cezası verilmemiş ve geri kalan

⁵ Özkan A F, The Turkish Competition Authority warns in a press release driving schools not to form cartels, eCompetitions, No: 48818, 2012, <<http://www.concurrences.com/Bulletin/News-Issues/August-2012/The-Turkish-Competition-Authority-48818?lang=en>> Erişim Tarihi: 20.09.2014, s.2.

⁶ Bu rakama devam eden soruşturmalar ve gerekçeli kararı yayımlanmadan reddedilen karar ya da kararlar doğal olarak dâhil edilememiştir.

⁷ 06.02.2013 tarihli ve 13-09/127-57 sayılı **Tokat Özel Zileliler Sürücü Kursu** kararı.

⁸ 03.08.2006 tarihli ve 06-57/724-211 sayılı **Sincan Sürücü Kursları** kararı; 04.03.2010 tarihli ve 10-21/279-103 sayılı **Kadıköy Sürücü Kursları** kararı; 14.02.2013 tarihli ve 13-10/138-73 sayılı **Uşak Sürücü Kursları** kararı; 28.11.2013 tarihli ve 13-66/915-385 sayılı **Karaman Sürücü Kursları** kararı; 03.04.2014 tarihli ve 14-13/235-101 sayılı **Muş Sürücü Kursları** kararı; 11.08.2014 tarihli ve 14-27/555-238 sayılı **Ege Bölgesi Sürücü Kursları Derneği** kararı.

⁹ 10.01.2013 tarihli ve 13-03/18-10 sayılı **Erzurum Sürücü Kursları** kararı.

kısımında da 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği belirlenmiş ve ihlali gerçekleştiren sürücü kurslarına idari para cezası uygulanmıştır. Kararlarda ilgili pazarda “*rekabetin kalıcı bir şekilde tesisi ve benzer eylemlerin tekrerrür etmesinin önlenmesi*” gerekçesiyle sürücü kurslarına ve/veya ilgili dernek, birlik, federasyonlara vb. ya da kamu kuruluşlarına 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca görüş bildirilme yoluna gidildiği de görülmektedir¹⁰.

Kurul'un 4054 sayılı Kanun'a aykırılık tespit ettiği ancak ilgili sürücü kurslarına ceza vermediği kararları arasında bir kararda, Konya'da faaliyet gösteren 32 sürücü kursunun, yine bu sürücü kurslarının kurmuş oldukları Konya Motorlu Taşıt Sürücü Kursları Birliği Derneği vasıtasıyla kurs ücretlerini birlikte belirlediği iddiası incelenmiştir. Kurul rekabet ihlalinin ortaya çıkmasında sürücü kurslarının yanı sıra İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nün düzenleme ve uygulamalarının, ve Danıştay dâhil olmak üzere yargı organlarının kararlarının etkili olduğunu eklemiş ve soruşturmaya taraf sürücü kurslarına ve ilgili derneğe idari para cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir¹¹. Bu karardan bir ay sonra Kayseri'de faaliyet gösteren 33 sürücü kursu ve Kayseri Özel Sürücü Kursları Dayanışma Derneği hakkında açılan soruşturmada da aynı gerekçelerle soruşturmaya taraf sürücü kurslarına ve ilgili derneğe idari para cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir¹². Başka bir kararda ise, Ankara Motorlu Taşıt Sürücü Kursları Birliği Derneği'nin rekabet ihlali niteliğindeki uygulamalarına, “hukuki düzenlemelere ilişkin aksaklıklar ve sektöre yönelik denetimler konusundaki sorunlar” göz

¹⁰ 27.05.2010 tarihli ve 10-38/654-221 sayılı **Ümraniye Sürücü Kursları** kararı; 26.05.2011 tarihli ve 11-32/668-211 sayılı **Marmaris Sürücü Kursları** kararı.

¹¹ 26.07.2007 tarihli ve 07-62/761-263 sayılı **Konya Sürücü Kursları** kararı-II. Konya Motorlu Taşıt Sürücü Kursları Birliği Derneği ve Konya'da faaliyet gösteren 32 sürücü kursu hakkında 2004 tarihli önaraştırmasında ise Kurul, kurs ücretlerinin ortaklaşa belirlendiği iddiasını incelemiş ve Konya İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nün kamusal yetkilerini kullanmak suretiyle yaptığı girişimlerin ve teşvik edici katkılarının etkili olduğunu ve sürücü kurslarının da fiyatlara bağlı kalmayarak değişik indirimler yaptığını belirterek soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. 03.03.2004 tarihli ve 04-18/154-36 sayılı **Konya Sürücü Kursları** kararı-I.

¹² 23.08.2007 tarihli ve 07-68/838-309 sayılı **Kayseri Sürücü Kursları** kararı.

önünde bulundurularak, soruşturma açılmasına ve idari para cezası verilmesine, ilgili pazarda “sağlıklı ve kalıcı bir rekabet ortamının tesis edilmesi için en etkin bir yol olmayacağı” gerekçesiyle, gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹³.

Motorlu taşıtlar sürücü kursları basın bülteninde belirtildiği üzere Kurul’un, ilgili basın bülteninin yayımlandığı tarihten itibaren gerçekten de denetimlerini arttırdığı görülmektedir. Bugüne kadar Kurul’un cezaya hükmettiği ve gerekçeli kararı yayımlanmış 8 kararının sadece bir tanesi basın bülteni öncesi verilmiştir: Sivas’ta faaliyet gösteren 32 sürücü kursu ve Sivas Özel Sürücü Kursları Derneği’ne ilişkin 2010 tarihli kararda, söz konusu sürücü kurslarının kurs ücretlerini ve kurs ücretleri tahsilinde uygulanacak taksit tutarlarını ortaklaşa belirledikleri, kursiyerleri aralarında paylaştırdıkları, aralarındaki anlaşmaya uymayanların cezalandırılmasını içeren bir havuz sistemi kurdukları belirlenmiş ve ihlale karışan sürücü kurslarına idari para cezası uygulanmıştır¹⁴. Kurul’un sürücü kursları sektörüne ilişkin olarak 2011 ve 2012 yıllarına ait yayımlanmış bir ihlal kararı bulunmamaktadır.

Kurul’un 2013 yılında verdiği kararlarda, Samsun’da faaliyet gösteren 30 sürücü kursunun kurs ücretlerini ve azami kursiyer sayısını belirlemeye ve elde edilen geliri paylaşmaya yönelik anlaşmalar yapmak suretiyle¹⁵; Nevşehir’de faaliyet gösteren 17 sürücü kursunun aralarında anlaşarak kurs ücretlerini ve ücrete ilişkin diğer koşulları belirlemek ve gelir paylaşımına yönelik havuz oluşturmak suretiyle¹⁶; Fethiye’de faaliyet gösteren 8 sürücü kursunun aralarında anlaşarak kurs ücretlerini ve ücrete ilişkin diğer koşulları belirlemek suretiyle¹⁷ ve son olarak Bartın’da faaliyet gösteren 4 sürücü kursunun aralarında anlaşarak kurs ücretleri ile ücrete ilişkin diğer koşulları belirlemek ve gelir paylaşımına

¹³ 18.06.2009 tarihli ve 09-29/605-145 sayılı **Ankara Motorlu Taşıt Sürücü Kursları Birliği Derneği** kararı. Bu yönde başka bir karar için bkz. 26.05.2011 tarihli ve 11-32/666-209 sayılı **Konya Sürücü Kursları** kararı-III.

¹⁴ 22.03.2010 tarihli ve 10-25/350-124 sayılı **Sivas Sürücü Kursları** kararı.

¹⁵ 15.05.2013 tarihli ve 13-28/387-175 sayılı **Samsun Sürücü Kursları** kararı.

¹⁶ 13.06.2013 tarihli ve 13-36/482-212 sayılı **Nevşehir Sürücü Kursları** kararı.

¹⁷ 18.06.2013 tarihli ve 13-38/489-213 sayılı **Fethiye Sürücü Kursları** kararı.

yönelik havuz oluşturmak suretiyle¹⁸ 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri sonucuna ulaşılmış ve ilgili teşebbüslere idari para cezası uygulanmıştır.

Kurul'un 2014 yılında verdiği kararlara bakıldığında ise; Aksaray'da faaliyet gösteren 20 sürücü kursunun aralarında anlaşarak kurs ücretleri ile ödeme koşullarını belirlemek ve kursiyerlerden elde edilen geliri bir havuzda toplamak suretiyle¹⁹ ve Kırıkkale'de faaliyet gösteren 16 sürücü kursunun aralarında anlaşarak kurs ücretlerini belirlemek ve banka hesapları açarak havuz oluşturmak suretiyle²⁰ 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri sonucuna ulaşıldığı ve ilgili teşebbüslere idari para cezası uygulandığı görülmektedir. Başka bir kararda Kahramanmaraş'ta faaliyet gösteren 21 sürücü kursunun aralarında anlaşarak kurs ücretleri ile ödeme koşullarını belirlemeleri ve fiyat birlikteliğini sağlamak amacıyla denetim ile cezalandırma mekanizmaları öngörmeleri sonucu haklarında idari para cezası uygulanmış, ancak Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik'ten yararlanan bir sürücü kursunun cezasında indirim yapılmıştır²¹. Son olarak Kurul, Ege Bölgesi Sürücü Kursları Derneği'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir²².

2. KURUL'UN EKMEK ÜRETİCİLERİNE YÖNELİK BASIN BÜLTENİ VE GEÇMİŞ UYGULAMALARI

2.1. Ekmek Üreticileri Basın Bülteni

Motorlu taşıtlar sürücü kursu sektörüne yönelik basın bülteninden aylar sonra Kurul, benzer bir basın bültenini ekmek üreticileri için kaleme almış ve ilk basın bültenine göre, bu basın bülteninin kapsamını daha geniş tutmuştur. Ekmek sektörüne ilişkin basın bülteni, ekmek üreticilerine gönderilmek üzere esnaf veya ticaret odalarına hitaben yazılmış, Kurum Başkanı imzalı bir mektupla da desteklenmiş, Kurul'un

¹⁸ 13.08.2013 tarihli ve 13-47/662-283 sayılı **Bartın Sürücü Kursları** kararı.

¹⁹ 12.02.2014 tarihli ve 14-06/127-56 sayılı **Aksaray Sürücü Kursları** kararı.

²⁰ 08.05.2014 tarihli ve 14-17/330-142 sayılı **Kırıkkale Sürücü Kursları** kararı.

²¹ 20.08.2014 tarihli ve 14-20/610-264 sayılı **Kahramanmaraş Sürücü Kursları** kararı.

²² 11.08.2014 tarihli ve 14-27/555-238 sayılı **Ege Bölgesi Sürücü Kursları Derneği** kararı.

nevi şahsına münhasır (*sui generis*) bir duyurusudur²³. “Fırıncı esnafının uyması gereken rekabet kuralları hakkında duyuru” başlığını taşıyan bu basın bülteninde Kurul, ekmek sektörüne ilişkin kendisine yapılan başvuru ve şikâyetler ile geçmiş kararlarından yola çıkarak sektörde yaygın olarak görülen ve rekabet ihlaline yol açan birtakım davranışlar hakkında ekmek üreticilerini uarmaktadır. Kendisine yapılan başvuru ve şikâyetlerin yine fırıncı esnafı ve bakkal, market gibi ekmek satış noktalarından ve tüketicilerden geldiğini belirten Kurul, motorlu taşıtlar sürücü kurslarına ilişkin basın bültenin aksine, bu bültende sektördeki bilgi eksikliğine değinmemiştir. Ancak Kurul’un, “*rekabetin kurlsız bir yarış olmadığı*”nı ve “*bu yarışın hak ve hukuka uygun şekilde yapılması gerektiği*”ni hatırlatması karşısında, ekmek üreticilerinin rekabet olgusu hakkında bilgi eksikliği içerisinde olduklarını ima ettiği düşünülebilir.

Ekmek sektörüne ilişkin basın bülteninde 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin metnine yer veren Kurul, söz konusu madde sonucu ekmek fiyatının belirlenmesinde diğer fırıncılar ile anlaşmalar yapılmasının, satış noktaları ve müşterilerin önceden paylaşılmasının, satış noktalarına bırakılan kar marjının ortaklaşa belirlenmesinin, satış noktalarına yeniden satış fiyatının altına inilmemesi konusunda baskı yapılmasının, ayrımcılık yapılarak bazı müşterilere geçici veya sürekli olarak mal vermenin reddedilmesinin, bazı ekmek üreticilerinin piyasa dışına çıkarılmasını sağlamak üzere birlikte hareket edilmesinin, rekabete aykırı yapılan anlaşmaların uygulanmasını kolaylaştırmak ve denetlemek üzere gerçek ya da tüzel kişilerle sözleşmeler yapılmasının, bu bağlamda havuz oluşturulmasının ve senet verilmesinin yasak olduğunu ifade etmektedir. Ekmek sektörüne ilişkin basın bültenin devamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerine de değinen Kurul, bağlı

²³ Özkan A F, The Turkish Competition Authority announces some of the most common anti-competitive practices in the bread industry based on its experience and informs bread manufacturers about the competition rules that are to be complied with in the relevant market, eCompetitions, No: 51620, 2013, <<http://www.concurrences.com/Bulletin/News-Issues/February-2013-I/The-Turkish-Competition-Authority?lang=en>> Erişim Tarihi: 20.09.2014, s.2.

bulunulan meslek odalarının hazırladığı azami satış fiyatı içeren tarifelerin, sabit fiyat şeklinde uygulanması konusunda diğer fırıncılar ile ortaklaşa hareket edilmesinin ve “oda kararı” denilmek suretiyle rekabete aykırı uygulamalara girişilmesinin de yasaklandığını eklemiştir.

Buna ek olarak, ekmek sektörüne ilişkin basın bülteninde 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesine de yer veren Kurul, pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin aşırı fiyat uygulama, iki farklı ürünü bağlayarak tek bir ürün halinde satma, dağıtıcıları münhasıran kendisinden mal tedarik etmeye zorlama, mal vermeyi reddetme gibi davranışlarının söz konusu madde çerçevesinde değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Ancak burada Kurul ekmek üreticisi konumunda olan fırıncıların menfaatlerini göz önünde bulundurmuş ve onların üretim sürecinde sağlayıcılarından temin ettikleri girdilerin aşırı fiyata satılması veya başka girdilerle birlikte satılması ya da girdilerin sadece tek bir sağlayıcıdan temin edilme yükümlülüğü altına girilmesi gibi eylemler karşısında fırıncıların ihbar ve şikâyetlerini Kurum’a iletmelerini istemiştir. Kurul, 4054 sayılı Kanun’un 4. ve 6. maddelerinin ihlali halinde ihlali gerçekleştiren teşebbüslere cirolarının yüzde 10’una kadar; ilgili teşebbüslerin yönetici ve çalışanlarına da ayrıca cezanın yüzde 5’ine kadar idari para cezası verilebileceğini hatırlatmıştır.

Ekmek sektörünün yapısal sorunlarına da kısaca değinen Kurul, ilgili sektörde genel veya bölgesel olarak piyasaya girişi engellerinin büyük ölçüde bulunmadığını, ancak mevcut kurulu kapasitenin (arzın) genellikle talebe oranla oldukça fazla olduğunu, hatta bazı il ve ilçelerde daha da fazla olabileceğini, belirtmiştir. Talebin arza oranla daha düşük kalması karşısında ekmek üreticilerinin birbirleriyle “yıpratıcı bir rekabete” gireceğini öngören Kurul, bunun bazı durumlarda piyasanın rekabetçi yapısını bozacak teşebbüsler arası karar ve uygulamalara yol açabileceğini ifade etmiştir. Sektördeki yapısal sorunlara rağmen ekmek üreticilerinin aşırı rekabetten kaçınmak için 4054 sayılı Kanun’a aykırı adı geçen davranışlar içine girmemeleri gerektiği vurgulanmıştır. Ekmek sektörünün sorunlarının hukuka uygun çözülmesi gerektiğine ve faaliyetlerinde verimlilik ile etkinliği öne çıkaran teşebbüslerin ülkemizde

üretici ve tüketici refahını arttıracasına dikkat çeken Kurul, “*ekmek piyasalarında rekabetçi bir anlayış, ahlâk ve uygulamanın yaygınlaşması*”nın herkesin ortak sorumluluğu olduğunu belirtmiştir.

2.2. Ekmek Sektörüne Yönelik Geçmiş Kararlar

Türkiye'nin coğrafi olarak tümüne yayılmış olması ve irili ufaklı birçok teşebbüsün faaliyet göstermesine elverişli bir özelliğe sahip olması sonucu ekmek sektörü, Kurul'u meşgul eden sektörlerden biri olarak öne çıkmaktadır. Söz konusu sektörle ilgili Kurul'un yayımlanmış 70'e yakın kararı bulunmaktadır. Kararların büyük çoğunluğunda 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık iddiaları incelenmiştir. Sürücü kursları sektöründeki tek kararının²⁴ aksine, 10 kararda²⁵ ise 6. maddeye aykırılık iddiaları ele alınmıştır. Yine sürücü kursları sektöründeki kararların aksine, ekmek sektöründeki geçmiş kararlarda sektörün düzenleyici ve denetleyicisi konumunda olan esnaf ve ticaret odaları gibi kamu kuruluşlarının kararlara daha fazla konu olduğu ortaya çıkan başka bir durumdur²⁶. Kararların çoğunluğunun ilk inceleme veya ön araştırma aşamasında kaldığı, Kurul'un soruşturma açma yoluna fazla başvurmadığı gözlemlenmektedir.

²⁴ 06.02.2013 tarihli ve 13-09/127-57 sayılı **Tokat Özel Zileliler Sürücü Kursu** kararı.

²⁵ Bkz. 04.08.1999 tarihli ve 99-37/376-241 sayılı **İstanbul Halk Ekmek** kararı-I; 28.07.2005 tarihli ve 05-49/701-189 sayılı **Malatya Halk Ekmek** kararı; 28.07.2005 tarihli ve 05-49/702-190 sayılı **Nevşehir Neveksan Ekmek** kararı; 29.09.2005 tarihli ve 05-63/902-244 sayılı **Muğla Fethiye Selena Gıda** kararı; 15.11.2007 tarihli ve 07-86/1085-421 sayılı **Ankara Halk Ekmek** kararı; 01.10.2009 tarihli ve 09-43/1100-280 sayılı **İstanbul Halk Ekmek** kararı-II; 21.10.2009 tarihli ve 09-48/1193-301 sayılı **Hilal Ekmek Fabrikası** kararı; 31.03.2010 tarihli ve 10-27/395-148 sayılı **BES Ekmek Fırını** kararı; 08.04.2010 tarihli ve 10-29/430-159 sayılı **Kayseri Fırıncıları** kararı; 24.11.2011 tarihli ve 11-59/1518-543 sayılı **SABADAD Ekmek** kararı.

²⁶ Bkz. 12.12.2002 tarihli ve 02-77/895-368 sayılı **Türkiye Fırıncılar Federasyonu** kararı; 06.12.2007 tarihli ve 07-89/1148-444 sayılı **Ankara Ticaret Odası ve Ankara Fırıncılar Odası** kararı; 01.07.2009 tarihli ve 09-31/672-157 sayılı **Samsun Fırıncılar Esnaf ve Sanatkâr Odası** kararı; 26.01.2012 tarihli ve 12-03/101-37 sayılı **Beylikdüzü Fırıncılar Odası** kararı; 02.08.2007 tarihli ve 07-63/765-273 sayılı **Denizli Fırıncılar Odası** kararı; 04.06.2013 tarihli ve 13-33/445-196 sayılı **Kayseri Ticaret Odası ve Kayseri Fırıncılar ve Uncular Odası** kararı; 20.05.2014 tarihli ve 14-18/338-148 sayılı **Erzincan Fırıncılar Odası** kararı.

Kurul'un sektörle ilgili geçmiş kararlarında, ekmek üreticilerine yönelik basın açıklamasında rekabet ihlali olabilecek davranışların hemen hemen hepsine rastlanıldığını görmek mümkündür. Bu kararlarda bültende bahsedilen; “ekmek fiyatlarının belirlenmesinde diğer fırınlarla anlaşma yapılması”²⁷, “satış noktası ve müşterilerin önceden paylaşılması”²⁸, “satış noktalarına bırakılan kar marjının ortaklaşa belirlenmesi yoluna gidilmesi”²⁹, “satış noktalarına yeniden satış fiyatının altına inilmemesi konusunda baskı yapılması”³⁰, “ayrımcılık yapılarak bazı müşterilere geçici veya sürekli olarak mal vermenin reddedilmesi”³¹, “bazı ekmek üreticilerinin piyasa dışına çıkarılmasını sağlamak üzere birlikte hareket edilmesi”³², “rekabete aykırı anlaşmaların uygulanmasını kolaylaştırmak ve denetlemek üzere gerçek ya da tüzel kişilerle sözleşmeler yapılması, havuz oluşturulması ve senet verilmesi”³³ ve “bağlı bulunan meslek odalarının hazırladığı azami satış fiyatı içeren tarifelerin, sabit fiyat

²⁷ 12.06.2003 tarihli ve 03-42/465-204 sayılı **Antalya Fırıncıları** kararı; 30.12.2008 tarihli ve 08-76/1227-465 sayılı **İzmir Bergama Fırıncıları** kararı; 13.04.2009 tarihli ve 09-14/304-75 sayılı **Çorum Fırıncıları** kararı; 25.02.2010 tarihli ve 10-19/240-94 sayılı **Kütahya Fırıncıları** kararı-I; 12.05.2010 tarihli ve 10-36/573-203 sayılı **Rize Çayeli Fırıncıları** kararı; 14.09.2011 tarihli ve 11-47/1180-421 sayılı **Zonguldak Gökçebey Fırıncıları** kararı; 31.03.2013 tarihli ve 13-08/89-50 sayılı **Manisa Alaşehir Fırıncıları** kararı.

²⁸ 15.07.2004 tarihli ve 04-47/621-154 sayılı **İzmir Fırıncıları** kararı; 23.02.2011 tarihli ve 11-10/188-63 sayılı **Sakarya Fırıncıları** kararı; 07.04.2011 tarihli ve 11-22/387-121 sayılı **Samsun Fırıncıları** kararı; 21.04.2011 tarihli ve 11-25/485-149 sayılı **Konya Seydişehir Fırıncıları** kararı-I; 16.05.2012 tarihli ve 12-26/764-217 sayılı **Konya Seydişehir Fırıncıları** kararı-II.

²⁹ 04.06.2013 tarihli ve 13-33/446-197 sayılı **Tekirdağ Şarköy Fırıncıları** kararı.

³⁰ 20.01.2009 tarihli ve 09-03/49-18 sayılı **Ankara Sincan Yenimahalle Etimesgut Fırıncıları** kararı; 26.01.2012 tarihli ve 12-03/101-37 sayılı **Beylikdüzü Fırıncılar Odası** kararı.

³¹ 29.08.2000 tarihli ve 00-32/338-192 sayılı **Ankara Keçiören Yenimahalle Fırıncıları** kararı; 21.10.2009 tarihli ve 09-48/1193-301 sayılı **Hilal Ekmek Fabrikası** kararı.

³² 06.08.2009 tarihli ve 09-35/892-215 sayılı **Manisa Alaşehir Dereköy Fırıncıları** kararı; 25.11.2010 tarihli ve 10-73/1508-576 sayılı **Bolu Fırıncıları** kararı; 02.03.2012 tarihli ve 12-09/288-89 sayılı **Manisa Turgutlu Fırıncıları** kararı; 24.01.2013 tarihli ve 13-07/77-46 sayılı **Kütahya Fırıncıları** kararı-II.

³³ 25.02.2010 tarihli ve 10-19/240-94 sayılı **Kütahya Fırıncıları** kararı-I; 02.03.2012 tarihli ve 12-09/289-90 sayılı **Aydın Fırıncıları** kararı.

şeklinde uygulanması konusunda diğer fırıncılar ile ortaklaşa hareket edilmesi³⁴ iddiaları incelenmiştir.

Kararların bütünü incelendiğinde Kurul'un sektördeki benzer rekabet ihlallerine yönelik tutarlı bir içtihadı bulunmadığı görülmektedir. Bu kararlarda birbirinden farklı sonuçlara ulaşılmış olup, kimi kararlarda rekabet ihlaline yol açacak herhangi bir bulguya rastlanılmamışken, kimi kararlarda da *“ilgili teşebbüslerin ekonomik anlamda küçük olması”*, *“ilgili teşebbüslerin çok küçük bir pazar payına sahip olmaları”*, *“piyasanın küçüklüğü”*, *“anlaşmanın henüz uygulanmamış olması”*, *“sözleşmenin imzalandığı tarihten bu yana uzun bir sürenin geçmemiş olması”*, *“uygulamanın henüz birkaç ayla sınırlı olması”*, *“anlaşmanın pazarda herhangi bir etki doğurmamış olması”*, *“anlaşmanın pazarda çok sınırlı düzeyde etki doğurmuş olması”*, *“pazardaki rekabetçi yapıda kısıtlı bir zararın ortaya çıkmasının muhtemel olması”*, *“pazardaki rekabetin ortadan kalkmış olmaması”*, *“teşebbüslerin faaliyetlerinden sonuç alamamaları”* ve *“sektörde yapısal sorunların bulunması”* gibi gerekçelerle soruşturma açılması yoluna gidilmemiştir³⁵.

Ekmek sektörüne ilişkin kararlarında Kurul, cezalandırma yoluna da pek başvurmamış, genelde 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca ilgili teşebbüslere ve/veya bağlı bulundukları esnaf veya ticaret odalarına görüş gönderme yoluna gitmiştir. Hatta bu duruma yakın tarihli bir kararda da dikkat çekilmiş ve bu kararda, Kurul'un ekmek sektörüne yönelik geçmiş kararları incelendiğinde özellikle 2005 yılından sonra benzer nitelikli dosyalarda Kurul'un soruşturma açmak yerine taraflara görüş yazısı gönderilmesini tercih ettiği ifade edilmiştir³⁶. Ceza verme yerine görüş gönderme eğilimi, Kurul'un ceza veren bir kamu

³⁴ 21.10.2009 tarihli ve 09-48/1192-300 sayılı **Elazığ Fırıncıları** kararı; 04.11.2010 tarihli ve 10-69/1459-558 sayılı **Sakarya Karasu Fırıncıları** kararı. Bazı durumlarda bu davranışın bizzat ilgili meslek odası ya da teşebbüs birliği tarafından gerçekleştirildiği de görülmektedir. Bkz. 01.07.2009 tarihli ve 09-31/672-157 sayılı **Samsun Fırıncılar Esnaf ve Sanatkâr Odası** kararı; 13.06.2013 tarihli ve 13-36/469-205 sayılı **İstanbul Ekmek Üreticileri Derneği** kararı.

³⁵ Ayrıca bkz. “3.3. Rekabet Savunuculuğunda Yeni Bir Araç Olarak Basın Bültenleri”.

³⁶ 31.03.2013 tarihli ve 13-08/89-50 sayılı **Manisa Alaşehir Fırıncıları** kararı.

kuruluşu olmayı amaçlamamasıyla açıklanabilir. Sektörle ilgili 70'e yakın karar arasından Kurul, yayımlanmış sadece 6 kararında idari para cezası vermiştir³⁷.

3. REKABET KÜLTÜRÜ OLUŞTURMA VE GELİŞTİRME NOKTASINDA REKABET SAVUNUCULUĞU

3.1. Türkiye’de Rekabet Algısı ve Rekabet Kültürünün Eksikliği

Günümüzde bir rekabet hukuku mevzuatının oluşturulmasında en önemli zorluklardan birisi, bir rekabet kültürü (*competition culture*) oluşturmaktır³⁸. Herhangi bir rekabet yasası bir anda yasalaştırılabilir, ancak toplumda belli bir rekabet kültürünün oluşturulması yılları bulabilir, hatta hiçbir zaman gerçekleşmeyebilir. Bir toplumda rekabet kültürünün düzeyi hakkında, ilk olarak o toplumun rekabet mevzuatının nasıl ve hangi gerekçeler sonucu yasalaştığına bakılarak fikir sahibi olunabilir³⁹. Eğer bir toplum rekabetin korunmasına ilişkin bir yasaya, serbest piyasa tecrübesi veya ekonomik kalkınmanın gerektirmesi gibi kendi iç dinamikleri nedeniyle ihtiyaç duymuş ise o toplumda rekabet kültürünün yüksek olduğu düşünülebilir⁴⁰. Örneğin Güney Kore 1960’lı yıllarda yakaladığı ekonomik büyümenin yerini, sermayenin birkaç konglomera şirketin elinde toplanmaya başlanmasıyla 1970’li yıllarda yaşadığı

³⁷ 27.10.1999 tarihli ve 99-49/536-337 sayılı **İstanbul Fırıncıları** kararı; 26.05.2006 tarihli ve 06-36/461-123 sayılı **Gaziantep Fırıncılar Odası ve Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu** kararı; 20.01.2009 tarihli ve 09-03/49-18 sayılı **Ankara Sincan Yenimahalle Etimesgut Fırıncıları** kararı; 16.02.2011 tarihli ve 11-09/173-59 sayılı **Kütahya Hizmet Ekmek** kararı; 22.01.2014 tarihli ve 14-04/80-33 sayılı **Aydın Didim Fırıncıları** kararı; 16.04.2014 tarihli ve 14-15/287-120 sayılı **Aksaray Fırıncıları** kararı.

³⁸ Gerber D, Global Competition: Law, Markets and Globalization, Oxford University Press, İngiltere, 2010, s.124.

³⁹ Rekabet kültürünün düşük ya da yüksek olması noktasında rol oynayan nedenlerin özetlendiği ampirik bir çalışma için bkz. ICN, Advocacy and Competition Policy, Report prepared by Advocacy Working Group, ICN’s Conference, Napoli, İtalya, 2002, s.80.

⁴⁰ Küresel ölçekte rekabet hukukunun yaygınlaşmasının temel nedeninin, devletlerin ekonomiyi doğrudan kontrol etme politikalarının yerini serbest piyasaya karşı artan güven duygusuna bırakmaları olduğu ileri sürülmektedir. Palim M, The Worldwide Growth of Competition Law: An Emprical Analysis, Antitrust Bulletin, 1998:43(1), s.111-112.

ekonomik durgunluğa bırakması sonucu, kendi iç dinamiklerinden kaynaklanan bir nedenle 1980 yılında bir rekabet yasası çıkarmıştır⁴¹. Buna karşın, uluslararası organizasyonların bir parçası olmak veya uluslararası yardım ya da kredi temin etmek gibi dış dinamikler sonucu rekabet yasasına ihtiyaç duyulmuş ise o toplumda rekabet kültürünün düşük olduğu sonucuna ulaşılabilir. Örneğin Endonezya'nın rekabet yasasını çıkarmasının temel sebebi Uluslararası Para Fonu'nun öne sürdüğü koşulları yerine getirmek, Vietnam'ın ise Dünya Ticaret Örgütü'ne verdiği taahhütlerin gereğini yapmaktır⁴².

Türkiye'de rekabetin korunmasına ilişkin yasal bir düzenleme yapılmasına yönelik çalışmalar nispeten uzun bir geçmişe sahiptir. 1971, 1975, 1980, 1981, 1983 ve 1984 yıllarında ticari faaliyetlerin düzenlenmesi, ticarete dürüstlüğün ve tüketicilerin korunması bağlamında hazırlanan çeşitli yasa tasarılarında rekabete ilişkin hükümler yer alsa da⁴³, rekabete ilişkin ilk bağımsız yasa tasarısı 1984 yılında hazırlanmış ancak 1987 yılında kadük olmuştur⁴⁴. 1991 yılında tekrar hazırlanan ve önceki tasarılardan farklı olan 4054 sayılı Kanun'un tasarısı, 1994 yılında Meclise sevk edilerek üç saat gibi kısa bir süre içerisinde kabul edilmiştir. Önceki yıllardaki yasa tasarılarının değil de, 1994 yılında kabul edilen yasa tasarısının yasalaşmasının nedeninin, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne (AB) katılım sürecinde verdiği taahhütler ve üyeliğin bir koşulu olarak AB müktesebatıyla (*acquis communautaire*) uygun bir ulusal rekabet mevzuatının oluşturulması olduğu iddia edilmektedir⁴⁵.

⁴¹ Petersen N, Antitrust Law and the Promotion of Democracy and Economic Growth, Journal of Competition Law and Economics, 2013:9(3), s.600.

⁴² Aydın U, Between Domestic Factors and the EU: Explaining the Emergence of the Turkish Competition Regime, Antitrust Bulletin, 2012:57(2), s.311.

⁴³ Adı geçen yasa tasarılarının bir incelemesi için bkz. Badur E, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara, 2001, s.29-38.

⁴⁴ Rekabet Kurumu, 5. Faaliyet Raporu, Ankara, 2003, s.7.

⁴⁵ Anık G, Competition Rules of Turkey, European Competition Law Review, 1997:18(5), s.317; Öz G, Competition Law and Practice in Turkey, European Competition Law Review, 1999:20(3), s.149; Kulaksızoğlu T, Competition Policy in Turkey, MPRA Paper

Diğer taraftan, AB'nin de kendi rekabet politikasını AB'ye aday ülkelere ve gelişmekte olan diğer ülkelere ihraç etme noktasında “hegemonik eğilimleri”nin olduğu bilinmektedir⁴⁶.

Türkiye 24 Ocak kararları ile dışa kapalı devletçi politikalardan vazgeçerek 1980 yılından itibaren bir serbest piyasa modeli benimsemeye başlamış, ancak serbest piyasa düzenindeki genel ekonomi politikalarının “olmazsa olmazı” (*conditio sine qua non*) olan rekabetin korunmasına yönelik bir yasa ancak Aralık 1994'te kabul edilebilmiştir⁴⁷. Neredeyse 15 yıl boyunca rekabet mevzuatı bulunmadan fiilen bir serbest piyasa ekonomisi modeline işlerlik kazandırmaya çalışan Türkiye'de⁴⁸, rekabet yasasının iç dinamikler sonucu oluşan bir ihtiyaçtan mı kaynaklandığı yoksa AB'ye üye olmanın bir koşulu olarak dış dinamiklerin bir ürünü mü olduğunun tespiti önemlidir. Zira AB'ye katılım süreci olmasaydı Türkiye'de bir rekabet yasasının ne zaman kabul edileceği ya da kabul dahi edilip edilmeyeceği tartışmaya açıktır. 4054 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi noktasında AB'ye katılım sürecinin, toplumdaki rekabet kültürünün verdiği bir duyarlılığa veya isteğe kıyasla daha büyük bir rol

No: 179, 2004, <<http://mpira.ub.uni-muenchen.de/179/>> Erişim Tarihi: 20.09.2014, s.38; Aydın, s.327.

⁴⁶ Doleys T J, Promoting Competition Policy Abroad: European Union Efforts in the Developing World, *Antitrust Bulletin*, 2012:57(2), s.364. Son 30 yılda bir rekabet mevzuatı yürürlüğe koyan 80'den fazla ülkenin AB rekabet hukuku sistemini model olarak benimsediği ileri sürülmüştür. Kovacic W E, Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence?, Bates White Fifth Annual Antitrust Conference, Washington DC, ABD, 2008, <<http://www.ftc.gov/speeches/kovacic/080602bateswhite.pdf>> Erişim Tarihi: 20.09.2014, s.3-4.

⁴⁷ Bu süre içerisinde tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyecek bir rekabet mevzuatının yokluğuna öğretide haklı olarak dikkat çekilmiştir. Bkz. Tan T, *Ekonomik Kamu Hukuku*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1984, s.123.

⁴⁸ Rekabet yasasının yürürlüğe girmesindeki bu gecikmenin, yasanın esasına ilişkin bir tartışma yerine; ya hükümetlerin ömürlerinin yasayı çıkarmaya yetecek kadar uzun olamaması ya da yasa taslakların artık öncelikli mesele olmaktan çıkarılması gibi salt siyasi gerekçelerden kaynaklandığı iddia edilmiştir. Öz G, *Türkiye'de Rekabet Politikasının Hukuki ve Kurumsal Yönleri ve Yatırımları Etkisi*, Türkiye'de Rekabetçilik ve Düzenleme: Türkiye'de Rekabetçilik, Yatırım İklimi ve Rekabet Politikasının Rolü, TEPAV, Ankara, 2007, s.60.

oynadığı ileri sürülebilir⁴⁹. Hatta Türkiye’de “rekabet” sözcüğünün AB ile Gümrük Birliği’ne girdikten sonra keşfedildiği dahi ileri sürülmüştür⁵⁰.

Bir toplumda rekabet kültürünün düzeyi, o toplumda rekabet kavramına bakış açısıyla da yakından ilgilidir. Rekabet kültürünün yüksek olduğu toplumlarda rekabet, istenilen ve yüceltilen bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Rekabetin ekonomideki önemini kavrayan bu toplumlar için rekabet; düşük fiyat, yüksek kalite, daha fazla çeşit ve teknolojik gelişmeyi tetikleyen bir süreçtir. Buna karşın, rekabet kültürünün düşük olduğu toplumlarda rekabet; (özellikle rekabetin gelir dağılımı noktasında “olumsuz” sonuçlara yol açacağına ilişkin kuşkunun bir sonucu olarak) arzu edilmeyen, hatta “ayıp” bir davranış türü olarak algılanabilmektedir. 4054 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesi’ne göre, bu durum Türkiye’de teşebbüsler arasında bir “rekabet ruhu”nun eksikliği ile açıklanabilir⁵¹. Yine bu toplumlarda rekabet ve rakip kavramları ile husumet ve hasım kavramları eş anlamlı olarak kullanılabilmektedir⁵². Husumet, genel eğitim ve kültür düzeyinin sınırlı olduğu ortamlarda daha kolay gelişirken; rekabet, daha gelişmiş bir eğitim ve kültür düzeyini varsayar⁵³. Kurul’un ekmek sektörüne ilişkin birkaç kararında ekmeği daha düşük bir fiyatla satan rekabetçi teşebbüslere, diğer teşebbüsler tarafından baskı yapıldığı, bu bağlamda darp, tehdit, mala zarar verme

⁴⁹ Bkz. a.g.e., s.61-62 (‘Ortaklık Anlaşması’nın ve özellikle Rekabet Kanunu’nun yürürlüğe konulmasının zamanlamasında rolü olan 1/95 sayılı Karar’ın etkisi göz önünde bulundurulduğunda, mevzuatın yürürlüğe konulması sürecinde kamu bilinci ve kamu oyu desteğinin son derece sınırlı olduğunu söylenebilir. *Bu husus, bir ölçüde ülkemizde rekabet kültürünün eksikliği ile de ilişkilendirilebilir.*’) (vurgu eklenmiştir).

⁵⁰ Kumcu E, Rekabet Üzerine Denemeler, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2008, s.105.

⁵¹ 4054 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesi’nde “rekabet ruhu” teriminin ne anlama geldiğine ilişkin bir tanım yapılmamış olsa da, rekabet ruhundan yoksun kişilerin piyasadaki faaliyetlerinde başarısız olma riskini genellikle önceden belirleyememeleri sonucu beklentilerinin dışında şartlar ile karşılaştıkları durumlarda ticari hayatta kalabilmek için hukuk dışı yollara (rekabeti kısıtlama yoluna) başvurmayı tek kurtuluş yolu olarak gördüklerine vurgu yapılmaktadır.

⁵² Türkkân E, Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?, Cilt 1, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2009, s.292.

⁵³ a.g.e., s.293.

gibi hukuk dışı hasmane davranışlar içerisine girildiği ayrıntısı ortaya çıkmaktadır⁵⁴.

Rekabetin istenilmemesi noktasında hasmane davranışların yanında bazı durumlarda da tam tersine rakiplerle anlaşmaya yönelik girişimler, “aklın yolunun bir olduğu” (*great minds think alike*) düşüncesine dayalı uzlaşma eğilimli davranışlar görülmektedir. Serbest piyasa ekonomisi sıkı çalışma ve başarıyı teşvik eder; bunun nedeni serbest piyasaların rekabet sürecinde kazananları ödüllendirmesinden çok, kaybedenleri cezalandırmasıdır⁵⁵. Ekmek üreticilerinin rekabet sürecinde “kaybeden” olmak istememeleri sonucu aralarında fiyat rekabetini önleyecek biçimde esnaf veya ticaret odalarının belirlediği “maksimum (azami) fiyatı”⁵⁶, sabit fiyatmış gibi algılamak ve uygulamak konusunda anlaşmaları bu bağlamda aralarında yaşanacak rekabetten korunmalarını sağlayacaktır. İlgili fiyat tarifesindeki fiyat, piyasanın rekabetçi bir yapısı olması halinde maksimum fiyat olabileceken, ekmek üreticileri arasındaki anlaşma sonucu her teşebbüs için geçerli tek fiyat haline getirilmiştir. Lonca sisteminde çok yaygın olan rakipler arası dayanışma, sosyo-kültürel açıdan üstün bir davranış biçimi olarak görünse de, aslında tarafları tembelliğe itmekte ve gelişmenin önünü tıkamaktadır⁵⁷.

⁵⁴ 08.01.2009 tarihli ve 09-01/5-5 sayılı **Bahkesir Fırıncıları** kararı; 20.01.2009 tarihli ve 09-03/49-18 sayılı **Ankara Sincan Yenimahalle Etimesgut Fırıncıları** kararı; 24.11.2011 tarihli ve 11-59/1518-543 sayılı **SABADAD Ekmek** kararı.

⁵⁵ Wheelan C, Naked Economics: Undressing the Dismal Science, W.W. Norton & Company, ABD, 2003, s.36.

⁵⁶ Türkiye’de ekmek fiyatlarının düzenlenmesi ilk olarak belediyelerin yetkileri arasında bulunmaktaydı. Bugün yürürlükte bulunmayan 03.04.1930 tarihli ve 1580 sayılı Belediyeler Kanunu’nun 15. maddesinin 43. bendine göre “...ekmeğe ...doğrudan doğruya... toptan ve perakende azami satış fiyatları... tesbit etmek ve icabında... bu maddeleri satın almak, stok etmek veya belirli bir kar haddi dahilinde satın aldirmek, sattirmek...” belediyelerin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Günümüzde ise ekmek fiyatları, ekmek üreticilerinin esnaf ya da tacir olmasına bağlı olarak 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu’nun 62. maddesi veya 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu’nun 12. maddesi ve bu maddeye dayanarak çıkarılan Tacir ve Sanayiciler Tarafından Üretilen Mal ve Hizmetlerin Azami Fiyat Tarifelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik uyarınca, “maksimum satış fiyatı” usulü ile belirlenmektedir.

⁵⁷ *Türkkan, Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?*, s.273.

Rekabet kavramı hakkında toplumdaki algı düzeyi, Türkiye’de haksız rekabet kavramının ön plana çıkmasına neden olmaktadır⁵⁸. Toplumun bir kesimi tarafından rekabet etme olgusu, ironik bir biçimde “haksız rekabet” (*unfair competition*) olarak algılanabilmektedir⁵⁹. Ekmek sektörüne ilişkin Kurul kararlarından görüldüğü üzere, özellikle maksimum fiyatları içeren bir fiyat tarifesinin bulunduğu durumlarda, söz konusu tarife uymayıp daha düşük fiyatlarla mal ve hizmet satan teşebbüslerin durumu, diğer teşebbüsler nezdinde “haksız rekabet” olarak değerlendirilmektedir⁶⁰. Hâlbuki düşük fiyatla mal ve hizmet satmak rekabetten beklenen belki de en önemli fayda olup, rekabetin maliyet etkinliğine yol açmasının bir sonucudur. Rekabeti “haksız” olarak nitelendirmenin temelinde, tüketici talebinin fiyatlarını düşüren teşebbüse kayacak olmasıyla beraber fiyatı yüksek kalan teşebbüsün kendi maliyetlerini gözden geçirmek zorunda kalmasının yaratacağı “zorlu süreç” bulunmaktadır. Yüksek fiyatlı teşebbüse göre rekabet “haksız”dır, zira düşük fiyatlı teşebbüs fiyatını düşürmeseydi her iki teşebbüs de aynı

⁵⁸ Kurum’a yapılan başvuruların önemli bir kısmının, 4054 sayılı Kanun’un kapsamı dışında olan unsurlara ilişkin olması sonucu Kurul, Haziran 2012’de kapsam dışı başvurulara ilişkin internet sitesinde ilk kez bir duyuruda bulunma ihtiyacı hissetmiştir. Bu noktada, ilgili duyurunun büyük bir kısmının “haksız rekabet” iddialarına ayrıldığı dikkat çekmektedir. Bkz. “Rekabet Kurumu Şikayetlerden Şikayetçi”, <<http://www.rekabethukuku.info/2012/06/rekabet-kurumu-sikayetlerden-sikayetci.html>> Erişim Tarihi: 20.09.2014.

⁵⁹ Esasen “rekabet” ve “haksız rekabet” kavramları birbirinden çok farklı uygulama alanlarını kapsamaktadır. Haksız rekabet, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlediği üzere, aldatici hareket veya iyiniyet kurallarına aykırı yollarla ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanılmasıdır. Haksız rekabet, rekabet hakkının kötüye kullanılmasına karşı esnaf, tacir vb. kişilerin çıkarlarını korumak için var olan kurallardır. Buna karşın rekabet yasaları ile korunan ise kişiler ya da teşebbüsler olmayıp, doğrudan rekabet düzeninin kendisidir. Kurum’un görev alanına haksız rekabete ilişkin iddialar değil, rekabet ortamını sağlamaya ve rekabet kültürü oluşturmaya yönelik faaliyetler girmektedir. Bkz. *Cantürk İ*, Rekabet Ortamı ve Rekabet Kültürü Nasıl Sağlanır?, Rekabet Haber Bülteni, Sayı 10, 2005, <www.rekabetdernegi.org/rk_bulten/sayi10.doc> Erişim Tarihi: 20.09.2014, s.4.

⁶⁰ Türkiye’de özellikle serbest mesleklerde, çıkarılan fiyat tarifelerine uymayarak fiyat rekabeti yapmanın çoğunlukla “ahlak dışı” bir davranış olarak değerlendirildiği bilinmektedir. Ancak bu düşünce öğretide eleştirilmektedir. *Özden M*, Profesyonel Meslek Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 60, Ankara, 2004, s.19.

fiyattan satacak, böylece kimse kimseyi “rahatsız etmeden” faaliyetlerine devam edecekti. Ayrıca fiyatı aralarında “garanti altına alan” teşebbüsler; ürün kalitesini ve çeşidini geliştirmek veya üretim ya da dağıtımda iyileştirmeler yapmak gibi rekabetin diğer gereklerinden de böylece “kurtulacaklardı”.

Haksız rekabet iddialarının, ekmek sektörüne ilişkin Kurum’a yapılan kapsam dışı başvurular ve sürücü kursları sektörüne ilişkin geçmiş tarihli Kurul kararları incelendiğinde, hem başvurularda hem de savunmalarda kullanıldığı görülmektedir. Bir ilçede ekmek fiyatlarını aralarında sabitleyen fırınların, anlaşmanın tarafı olamayan bir fırının düşük bir fiyatla rekabet etmeye başlaması üzerine “haksız rekabet” yaparak “fiyat istikrarını” bozduğu gerekçesiyle ceza alması için Kurum’a başvurdukları görülmüştür⁶¹. Diğer taraftan, Kurul’un Sivas Sürücü Kursları kararından görülebileceği üzere, Sivas Özel Sürücü Kursları Derneği Disiplin ve Ceza Yönergesi’nin daha 1. maddesinde söz konusu Yönerge’nin amacının Sivas’taki sürücü kurslarının “haklarını korumak, *haksız rekabeti önlemek*, eşit koşullarda çalışma hayatını düzenlemek” olduğu belirtilmektedir. Söz konusu Derneğin karar defterinde, “*fiyat istikrarını bozarak haksız gelir elde eden sürücü kurslarının tespit edilerek disiplin kuruluna sevk ve gerekli cezaların verilmesine*” karar verildiğine ilişkin ibarelere rastlanılmıştır⁶². Bu kararda Kurul önemli bir tespitte bulunarak, “[s]erbest piyasa ekonomisinde kaynakların etkin

⁶¹ Bu örnek Kurul eski üyelerinden biri olan Mehmet Akif Ersin’in, Kurum’un 11. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu sırasında, “*Türkiye’de Rekabetin Kurumsallaşması ve Kurumsallaşma Sürecinde Rekabet Kurumu’nun Rolü*” adlı panelde yaptığı konuşmasından alınmıştır. Sempozyum metni için bkz.

<<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Etkinlik+Kitap%c4%b1/etkinlikkitap21.pdf>> Erişim Tarihi: 20.09.2014, s.113-114.

⁶² 22.03.2010 tarihli ve 10-25/350-124 sayılı **Sivas Sürücü Kursları** kararı. Soruşturmaya taraf bir sürücü kursu, düşük fiyat sunan diğer sürücü kurslarının eğitim kalitesinin yetersiz olduğu, yeterli sayıda ve nitelikte kişi çalıştırmadığı, bu nedenle fiyatlarının düşük olduğu gibi iddialarda bulunmuş ancak Kurul isabetli bir biçimde, sürücü kurslarının mevzuatta belirtilen standartlarda eğitim vermemelerinin, bu nedenle haksız rekabete neden oldukları iddialarının Milli Eğitim Bakanlığı tarafından değerlendirilmesi gerektiğini ve 4054 sayılı Kanun’un kapsamında olmadığını ifade etmiştir.

tahsisini temin etmede en önemli gösterge olan ve rekabet mevzuatının da asıl korumak istediği unsurların başında gelen 'fiyat mekanizması'[nın], Sivas ilinde faaliyet gösteren sürücü kursları tarafından işlevsiz hale getiril[diğini]" vurgulamıştır.

Fiyat mekanizmasının ekmek sektöründe de işlevsiz hale getirildiğini açıkça dile getirmeyen Kurul, ekmek sektörüne ilişkin basın bülteninde bu durumla ilgili olarak yalnızca “oda kararı” denilmesi suretiyle veya “ortak menfaat” gibi gerekçelerle rekabet ihlali sonucunu doğuracak uygulamalara girişilmesinin 4054 sayılı Kanun’a aykırı olduğunu ifade etmiştir. Esasen ekmek gibi serbest piyasaya kolayca bırakılabilecek bir pazarda; doğal tekel, dışsalılıklar, bilgi asimetrisi gibi kamunun müdahalesini (regülasyon) gerektirebilecek bir piyasa aksaklığının da bulunmaması dikkate alındığında, fiyatların hala devlet kontrolünde olması başlı başına sorgulanması gereken bir durumdur⁶³. Teşebbüs birliklerinin fiyat tespitini yasaklayan 4054 sayılı Kanun hükümlerine rağmen esnaf veya ticaret odaları tarafından fiyat tarifeleri hazırlama uygulamalarının hala devam ettirilmesinin makul bir izahının olamayacağı iddia edilmiştir⁶⁴. Kurul, ekmek sektörüne ilişkin basın bülteninden 10 yıl önce dahi esnaf ve ticaret odalarının faaliyetlerinin rekabet hukuku açısından ele alınması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁵.

⁶³ Kurul, içinde ekmek sektörüne ilişkin tespitlerinin de yer aldığı 31.03.2013 tarihli ve 13-08/89-50 sayılı **Manisa Alaşehir Fırıncıları** kararında; ekmeğin Türkiye’de tüketiciler tarafından en temel gıda maddesi olarak kabul edildiğini, ekmeğe olan talebin fiyat esnekliğinin çok düşük olduğunu ve ekmeğin adeta tüketiciler gözünde “olmazsa olmaz” bir ürün özelliği taşıdığını ifade etmiştir. Yabancı literatürde de ekmek fiyatlarının regüle edilmesine özellikle gelişmekte olan ülkelerde rastlandığı ifade edilmektedir. Dabbah’a göre ekmek, süt gibi bazı temel gıda maddeleri açısından fiyat regülasyonu, açlığın hüküm sürdüğü bazı gelişmekte olan ülkelerde gerekli görülebilmektedir. Söz konusu ülkelerde bu tarz ürünlerin fiyatının serbest piyasa koşullarına bırakılmasının, fiyatların düşmesi yerine yükselmesine yol açabileceği, böylece tüketici refahını arttırması yerine sömürüye yol açabileceği iddia edilmiştir. *Dabbah*, s.309.

⁶⁴ *Topçuoğlu M*, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara, 2001, s.219.

⁶⁵ *Rekabet Kurumu*, 5. Faaliyet Raporu, s.16.

Fiyat noktasında teşebbüslerin çekinceleri ve haklı çıkma çabaları kabul edilse bile, fiyat dışı unsurlarda görülen rekabete aykırı uygulamalar için haklı bir sebep bulmak son derece güçtür; sürücü kurslarının maksimum kursiyer sayılarını sınırlamaları veya ekmek üreticilerinin son satış noktalarına bırakılacak kar marjını belirlemeleri her hâlükârda 4054 sayılı Kanun’a aykırı olacaktır. Piyasada fiyatlar hala bir şekilde devlet tarafından regüle ediliyor olsa bile, en azından fiyat dışı unsurlarla yaratılabilecek rekabetin teşebbüsler tarafından çıkarlarına uygun bir şekilde “regüle edilemeyeceği”nin bilinci oluşturulmalıdır. Uluslararası kuruluşlar Türkiye’de Kurum’un, 4054 sayılı Kanun’un ve bir rekabet politikasının varlığı hakkında bilgi sahibi olma oranının büyük firmalar arasında yüksek iken, küçük ve orta ölçekli teşebbüsler arasında önemli ölçüde düşük ve toplumun genelinde ise “vasat” olduğunu ifade etmiştir⁶⁶. Kurum’un 17 yıla yakın tecrübesi ışığında dikkat çeken bir husus da, inceleme ve soruşturmaların önemli bir bölümünde ilgili teşebbüslerin rekabet kurallarını ihlal ettiklerinin farkında dahi olmamalarıdır⁶⁷. Rekabet yasalarında açıkça rekabet ihlali olarak nitelendirilen davranışların iş dünyası tarafından yaygın bir biçimde uygulanması, iş

⁶⁶ OECD, Peer Review of Turkey’s Competition Law and Policy, Global Forum on Competition, Session IV, DAF/COMP/GF(2005)4/REV1, 2005, s.41. Kurul’un kendi hazırladığı “Rekabet Hukuku ve KOBİ’ler” başlıklı 2014 Rekabet Raporu’nun anket çalışmasında, rekabet olgusunun ilk anda nasıl bir kavramı çağrıştırdığı sorusuna küçük ve orta boy işletmelerin (KOBİ) %87’si “olumlu”, %10’u “olumsuz” şeklinde cevap vermiş olsa da, Rekabet Kanunu hakkında bilgi sahibi olup olmadıkları sorusuna %55’i “biraz”, %26’sı “hayır”, %19’u “evet” cevabı verirken, Kurum’un faaliyetleri hakkında bilgi sahibi olup olmadıkları sorusuna ise %50’si “biraz”, %34’ü “hayır”, %16’sı “evet” cevabını vermişlerdir. *Rekabet Kurumu*, 2014 Rekabet Raporu: Rekabet Hukuku ve KOBİ’ler, Ankara, 2014, s.70-74. Bu sonuçlara göre KOBİ’ler açısından OECD’nin 2005 yılında tespit ettiği “düşük” rekabet kültürü düzeyinin, 2014 yılında da yine nispeten düşük olmaya devam ettiği bu kez Kurum’un hazırladığı bir raporda görülmektedir.

⁶⁷ *Rekabet Kurumu*, 2014 Rekabet Raporu: Rekabet Hukuku ve KOBİ’ler, s.51. ‘Rekabet Kurumu’nun bugüne kadarki inceleme ve soruşturmalarından, KOBİ’lerin rekabet mevzuat ve uygulamaları hakkında yeterli bilgi sahibi olmadığı; tarafların farklı gerekçelerle uygulamaya koyduğu eylemlerin rekabet ihlalleri ile sonuçlanmasının büyük ölçüde bu bilgi eksikliğine dayandığı anlaşılmaktadır.’ a.g.e., s.42.

dünyasına yönelik “rekabet savunuculuğu” faaliyetini gerekli ve yararlı bir faaliyet haline getirmektedir⁶⁸.

3.2. Rekabet Savunuculuğu ve Kurum'un Rekabet Savunuculuğu Faaliyetleri⁶⁹

Rekabet hukuku, rekabeti korumaya yönelik hukuk kurallarını içerir, ancak rekabetin korunması veya rekabetçi bir düzenin oluşturulması sonucunu doğuran tek aracın rekabet hukuku olduğunu düşünmek doğru olmayacaktır. Etkin bir rekabet politikası, rekabet hukuku kurallarının uygulanmasından daha geniş bir durumu ifade etmekte olup, rekabet hukukunun ulaştığı noktalardan daha geniş bir alana ulaşabilmektedir. Bu bağlamda rekabet savunuculuğu (*competition advocacy*), rekabet politikası araçlarından biri olarak rekabet otoriteleri tarafından kendisine sıkça başvurulmuş bir faaliyettir. Rekabet savunuculuğu, rekabet otoritesinin zorlayıcı olmayan mekanizmaları kullanarak rekabet politikalarının amaçları, araçları ve rekabetin sağladığı yararlar konusunda toplumun bilinçlendirilmesine yönelik faaliyetleri içerir⁷⁰. Rekabet otoritelerinin herhangi bir rekabet ihlali söz konusu olmadan harekete geçmesini sağlayan rekabet savunuculuğu, dünyada olduğu kadar Türkiye’de de giderek önemli bir konu haline gelmiştir⁷¹.

⁶⁸ *Türkkan*, Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?, s.334.

⁶⁹ Bu bölümde sadece Kurum’un gerçekleştirdiği rekabet savunuculuğu faaliyetleri incelenmektedir. Esasen rekabet savunuculuğu, Kurum’a özgülenmiş bir faaliyet olmayıp gerek diğer kamu kuruluşları, gerekse özel sektör temsilcileri tarafından da zaman zaman gerçekleştirilmektedir. Örneğin Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı bünyesindeki Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği gibi kuruluşlar da zaman zaman yaptıkları toplantılar, hazırladıkları raporlar ve açıklamalarıyla bir çeşit rekabet savunuculuğu yapmaktadırlar. Ayrıca 2004 yılında kurulan Rekabet Derneği’nin en temel amaçlarından biri de rekabet savunuculuğu yapmak, ve rekabet konusunda sistematik ve sürekli bir biçimde araştırma yapan ve eğitim veren bir “Rekabet Enstitüsü”nün kurulması için çaba sarf etmektir. Bkz. *Türkkan E*, Rekabet Savunuculuğu ve Rekabet Enstitüsü İhtiyacı, *Rekabet Haber Bülteni*, Sayı 10, 2005, <www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayı10.doc> Erişim Tarihi: 20.09.2014, s.2.

⁷⁰ *Rekabet Kurumu*, Rekabet El Kitabı, Ankara, 2010, s.50.

⁷¹ *Öz*, Türkiye’de Rekabet Politikasının Hukuki ve Kurumsal Yönleri ve Yatırımları Etkisi, s.58.

Rekabet savunuculuğu konusunda akla ilk gelen durumun, piyasaya gereksiz yere yapılan ve/veya zararı olan kamu müdahalelerini minimize etmek olduğu söylenebilir⁷². Kurum'un çıkardığı bir yayında Kurum eski Başkanı Mustafa Parlak rekabet savunuculuğunun, devletin teşebbüs sayılmayan birimlerinin tasarruflarına yönelik rekabetçi görüş ve önerileri ortaya koymak biçiminde “özetlenebileceğini” belirterek, bir bakıma Kurul'un rekabet savunuculuğu ile hedeflediği temel amacı ima etmiştir⁷³. Rekabet savunuculuğu, şüphesiz sadece kamu teşebbüsleri ve kamu kuruluşlarının eylem ve/veya işlemlerine yönelik bir faaliyet olmasa da, en olumlu sonuçları yine bu bağlamda vermiştir. Kurul'un, kamu kuruluşları tarafından hazırlanan bazı düzenleyici işlemlerin rekabeti bozucu etkiler doğurabilecek nitelikleri olması nedeniyle ilgili kamu kuruluşuna görüş bildirmesiyle birlikte söz konusu düzenleyici işlemlerin değiştirildiği görülmektedir⁷⁴. Kurul'un rekabet savunuculuğu faaliyetleri suretiyle kamu kuruluşları nezdinde elde ettiği başarılı sonuçlar arasında BELKO'ya verilen tekel hakkının kaldırılması⁷⁵ ve havayolu taşımacılığı piyasasında serbestleştirmenin önünün açılması⁷⁶ gösterilebilir.

⁷² Rekabet savunuculuğu, dar anlamda ele alındığında, rekabet otoritelerinin diğer kamu kuruluşlarını, yapacakları düzenlemelerin ve alacakları kararların rekabet ortamının korunması ve gelişmesine katkıda bulunacak biçimde oluşmasını sağlama çabalarını ifade eder. *Türkkan*, Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?, s.333.

⁷³ *Rekabet Kurumu*, 5. Faaliyet Raporu, (Giriş Notu).

⁷⁴ *Özkan A F*, Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları, *Rekabet Dergisi*, 2009:10(3), s.192.

⁷⁵ Her ne kadar dosya kapsamında rekabet savunuculuğu faaliyetine ek olarak aynı zamanda rekabet hukuku kuralları uygulanmış olsa da, Ankara Belediyesi tarafından bir idari işlemle BELKO'ya verilen kömür ithalatı ve satışına yönelik tekel hakkı, Kurul'un çeşitli kamu kuruluşlarına iletildiği görüş sonucu Ankara Valiliği İl Hıfzıssıhha Kurulu tarafından 6 ay içinde kaldırılmıştır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Rekabet Kurumu*, 3. Faaliyet Raporu, Ankara, 2001, s.45.

⁷⁶ Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'ne gönderdiği görüş yazısıyla Kurul, iç hatlarda ağırlıklı olarak Türk Hava Yolları'nın (THY) uçuş yapmasını ve THY'nin uçuşunun bulunmadığı gün ve saatlerde özel hava yolu işletmecilerine kısıtlı bir uçuş imkânı öngören düzenlemelerin kaldırılıp, havayolu taşımacılığı piyasasının serbestleştirilmesi sürecinde etkili olmuştur. Bkz. *Ekdi B*, Rekabet oldu da ne oldu?, *Rekabet Yazıları*, 2011, <<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Yazisi/Rekabet-oldu-da-ne-oldu>> Erişim Tarihi: 20.09.2014.

Esasen rekabet savunuculuğu sayesinde rekabet otoriteleri piyasaya giriş engellerinin ortadan kaldırılması hususunda kamu kuruluşlarını teşvik edebilir, piyasalarda deregülasyonu hızlandırabilir, serbest ticaretin yaygınlaşmasını sağlayabilir, yatırım kararlarına şekil verebilir veya teşebbüslerin rekabet gücünün arttırılmasına katkıda bulunabilir. Rekabet savunuculuğunun, regülasyona tabi iken serbestleştirilmeye başlanılan sektörlerdeki yerleşik teşebbüslerin veya diğer çıkar gruplarının çeşitli kamu kuruluşları nezdinde gerçekleştirmeye çalışabilecekleri “rant-kollayıcı davranışlarının” (*rent-seeking behaviour*) önlenmesine de yardımcı olacağı ileri sürülmektedir⁷⁷. Rekabet savunuculuğunun bir örneği olan tüm bu faaliyetlerin temel hedefi, piyasalarda sürdürülebilir bir rekabet ortamının hayata geçirilmesidir. Rekabet savunuculuğunu gerekli kılan nedenler arasında; kamu kuruluşlarının düzenlemelerinde ve kaynak tahsisinde rekabetle bağdaşmayan amaçların izlenilebilmesi, rekabet kavramının ve rekabetçi piyasa olgusunun doğru olarak algılanamaması sonucu rekabetçi piyasaya güvenilememesi, iş dünyasında rekabetin yanlış anlaşılması nedeniyle rekabet ihlallerinin yaygın olarak görülmesi gibi nedenler gösterilebilir⁷⁸. Rekabet savunuculuğu özellikle gelişmekte olan ülkelerde rekabet hukuku ve politikasının etkinliği bakımından önemli bir rol üstlenmektedir⁷⁹.

Rekabet politikalarının etkili bir biçimde hayata geçirilmesi için rekabet otoriteleri rekabet savunuculuğu yetkisi ile donatılmalıdırlar. 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (g) bendi uyarınca Kurul, rekabet hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gerekli değişiklikler konusunda doğrudan veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi üzerine görüş bildirmek;

⁷⁷ Fels A ve Ng W, *Paths to Competition Advocacy*, Ezrachi A. (der.), Research Handbook on International Competition Law, Edward Elgar Publishing, 2012 içinde s.188.

⁷⁸ *Türkkan*, Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?, s.334.

⁷⁹ *The World Bank ve OECD*, A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, Report No: 18594, ABD, 1998, s.94. Dabbah rekabet savunuculuğunun, gelişmekte olan ülkelerde yoğunlaşma oranı çok yüksek olan bazı piyasaları, bu piyasalara doğrudan bir müdahale olmaksızın, daha fazla rekabetçi bir yapıya kavuşturacak koşulların oluşmasına yardımcı olabileceğini ileri sürmektedir. *Dabbah*, s.67.

aynı Kanunun 30. maddesinin (f) bendi uyarınca da rekabet politikası ile ilgili olarak alınacak kararlar ve ilgili mevzuat hakkında görüş bildirmek konusunda yetkilendirilmiştir. Bu yetkiyi kullanmak suretiyle Kurul, gerekli ve önemli sayılan yerlerde rekabet savunuculuğu yapma hususunda çekingen olmamıştır⁸⁰. Tam tersine, rekabet savunuculuğuna Kurul’un büyük bir önem atfettiği bilinmektedir. Kurul rekabet savunuculuğu görevi çerçevesinde bir yandan ilgili kamu kuruluşlarına görüşler göndererek yapılan düzenlemelerde ve uygulamalarda piyasalardaki rekabetin kısıtlanmasının önüne geçmeye çalışırken, diğer yandan da iş dünyası ve toplumda rekabet olgusuna ilişkin bilinci ve ilgiyi arttırmayı amaçlayan sempozyum, seminer, çalıştay vb. etkinlikler düzenlemekte ve bu alandaki girişimlere destek vermektedir.

Bu doğrultuda Kurul; yasa, tüzük, yönetmelik, tebliğ gibi yasal veya idari düzenleme taslaklarına ve özelleştirme uygulamalarına ilişkin sayısız görüş bildirmiştir. Kurul’un kısa kararları ve gerekçeli kararları, hatta Kurul kararlarına karşı itiraz mercii olan Ankara İdare Mahkemelerinin ve Kurul kararlarını temyiz mercii olan Danıştay’ın kararları da, Kurum’un internet sitesinde yayımlanmaktadır⁸¹. Söz konusu internet sitesinin daha anasayfasında dikkat çekici bir biçimde “rekabet savunuculuğu” linki yer almaktadır. Kurum; rekabet hukuku ve politikası alanında yazılmış yüksek lisans ve doktora tezlerini, Kurum personelinin uzmanlık tezlerini ve özgün eserleri basıp ilgi duyan herkese ücretsiz dağıtmakta, ayrıca “*Rekabet Dergisi*”, “*Rekabet Bülteni*” ve “*Rekabet Yazıları*” (eski adıyla “*Rekabet Günlüğü*”) gibi periyodik yayınlar da çıkartmaktadır. Bunlara ek olarak Kurum, seçtiği bazı sektörler hakkında

⁸⁰ Khemani R, Genel Bakış ve Tavsiyeler, Türkiye’de Rekabetçilik ve Düzenleme: Türkiye’de Rekabetçilik, Yatırım İklimi ve Rekabet Politikasının Rolü, TEPAV, Ankara, 2007, s.29.

⁸¹ Kurul kararlarının yayımlanmasının asıl nedeni Kurum’un şeffaflığının artırılması olsa da, rekabet otoritelerinin verdiği kararların özetlerini yayımlamasının toplumda rekabet ve rekabet politikasına ilişkin bilgi düzeyini arttıracığı da ifade edilmektedir. *Dabbah*, s.69. Gerçekten de temyiz mahkemesi kararlarının mahkemelerin kendi siteleri yerine Kurum’un sitesinde yayımlanması, söz konusu kararların takip edilmesini kolaylaştırmakla birlikte aynı zamanda rekabet hukukunun gelişimine katkıda bulunmakta ve bilinirliğini arttırmaktadır.

kapsamlı raporlar hazırlamakta, düzenlediği konferansları ve gerçekleştirdiği etkinlikleri etkinlik kitapları halinde yayımlamaktadır. Ayrıca Kurum “*Rekabet El Kitabı*”, “*KOBİ’ler için Rekabet Hukuku*” ve “*Tüketiciler için Rekabet Hukuku*” gibi pratik kitapçıklar hazırlamak suretiyle rekabet hukuku ve uygulamaları hakkında ilgilileri bilgilendirmektedir⁸². Son olarak Kurum, her yıl kaleme aldığı “*Rekabet Mektupları*” adı altında rekabet savunuculuğunda yeni bir araç üretmiş, hatta 2010 Rekabet Mektubu’nu bu bağlamda rekabet savunuculuğu konusuna ayırmıştır.

2008 yılında Kurum’un 11. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu sırasında, “*Türkiye’de Rekabetin Kurumsallaşması ve Kurumsallaşma Sürecinde Rekabet Kurumu’nun Rolü*” adlı bir panel gerçekleştirilmiştir⁸³. 2010 yılında İstanbul’da Kurum ile İktisadi Araştırmalar Vakfı ortaklaşa “*Türkiye’de Rekabet Savunuculuğunun Kurumsallaştırılması Sempozyumu*”nu düzenlemişlerdir⁸⁴. Mayıs 2013’te VI. Astana Ekonomik Forumu’nda Kurum Başkanı Prof. Dr. Nurettin Kaldırımcı “*Türk Rekabet Kurumu’nun Rekabet Savunuculuğu Deneyimi*” başlıklı bir konuşma yapmış ve Kurum’un bugüne kadar kullandığı savunuculuk araçlarını anlatarak, bu araçların Türkiye’de rekabet kültürünün yerleşmesinde oynadığı role değinmiştir. Başkan konuşmasında kendi tecrübesine dayanarak rekabet mevzuatının yeni oluşturulduğu ülkelerdeki rekabet otoritelerinin karşılaştıkları en önemli zorluğun toplumdaki, kamu kuruluşları arasındaki ve iş dünyasındaki rekabet kültürü eksikliği

⁸² Örneğin “KOBİ’ler için Rekabet Hukuku” adlı kitapçığın giriş notunda, söz konusu kitapçık ile Türkiye’de “*rekabet kültürünün yaygınlaşmasına bir nebze olsun katkı*” sağlanmasının umut edildiği açıkça ifade edilmiştir. Bkz.

<<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fDiğer%2fkobi+el+kitab%C4%B1-2+1+2014.pdf>> Erişim Tarihi: 20.09.2014.

⁸³ Kurum’un 11. Kuruluş Yıldönümü, “Makro Ekonomik Hedeflere Ulaşmada Rekabet Politikası ve Uygulamalarının Rolü” başlıklı sempozyum metni için bkz.

<<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Etkinlik+Kitab%c4%b1/etkinlikkitap21.pdf>> Erişim Tarihi: 20.09.2014.

⁸⁴ Sempozyum metni için bkz.

<<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Etkinlik+Kitab%c4%b1/etkinlikkitap27.pdf>> Erişim Tarihi: 20.09.2014.

olduğunu, bu noktada rekabet savunuculuğunun düzgün kullanıldığı takdirde faydalı bir araç olarak öne çıktığını ve Kurum'un Türkiye'de rekabet kültürünün kurumsallaştırılması noktasında özellikle son 5 yılda büyük adımlar attığını ifade etmiştir⁸⁵. Benzer şekilde Kurum Başkanı 2014 Mesajı'nda rekabet savunuculuğunun, Kurum'un görev ve sorumluluk alanı olarak kurumsal misyonunun en önemli parçası olduğunu hatırlatmış ve rekabet savunuculuğu faaliyetlerinin pratikteki etkilerinin araştırılması konusunda Kurum'un eksikliklerinin bulunduğu yönünde bir de özeleştiri yapmıştır⁸⁶.

Rekabet savunuculuğunun uygulamada öneminin git gide arttığı görülmektedir. Bu noktada 4054 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasına dair yasa tasarısında rekabet savunuculuğu konusunda önemli düzenlemeler getirilmektedir. Tasarı ile rekabet savunuculuğu faaliyeti açık bir biçimde yasa kapsamına alınmaktadır⁸⁷. Bu noktada halihazırda 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (g) ve 30. maddesinin (f) bendleri uyarınca gerçekleştirilen rekabet savunuculuğu faaliyeti ayrı bir maddede yasal zemine kavuşturulmaktadır. Ayrıca Kurum'a yeni bir yetki olarak,

⁸⁵ Başkanın konuşmasının metni için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Baskanin-Konusmasi/VI-Astana-Ekonomi-Forumu-Kazakistan>> Erişim Tarihi: 20.09.2014.

⁸⁶ Bkz. "Başkanın 2014 Mesajı", <<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Baskanin-2014-Mesaji>> Erişim Tarihi: 20.09.2014.

⁸⁷ Söz konusu yasa tasarısının "Rekabet Savunuculuğu" başlıklı 8. maddesi şöyledir: *"Kurum, ülke çapında rekabet ortamının tesisi ve geliştirilmesi, rekabet hukuku ve politikasının etkinliğinin sağlanması amaçlarıyla diğer kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapar, kamuoyunun aydınlatılması ve rekabet bilincinin artırılması için rekabet savunuculuğu faaliyetlerinde bulunur.*

Kurum ayrıca, mal ve hizmet piyasalarında 4 üncü, 6 ncı ve 7 nci maddelerde yasaklanan eylem ve işlemlerle benzer etkiye sahip sonuçlar doğurabilecek idari işlem ve düzenlemeler hakkında ilgili kurum ve kuruluşlara görüş gönderebilir; kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bu nitelikteki idari işlem ve düzenlemelerinin iptali için Kurul kararı ile yargı yoluna başvurabilir.

Rekabet savunuculuğu çerçevesinde; mal ve hizmet piyasalarında rekabetçi bir ortam oluşturulması ve geliştirilmesi amacıyla, ilgili kurum ve kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak, ortak politika önerilerinde bulunmak ve rekabetçi ortamı etkileyebilecek konulara ilişkin görüş bildirmek üzere Rekabet İstişare Konseyi kurulur. Konseyin sekreteryası hizmetleri Kurum tarafından yürütülür. Konseyin oluşumu, görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirlenir."

rekabeti bozucu düzenleyici veya bireysel idari işlemlere karşı idari yargıda iptal davası açma yetkisi (subjektif ehliyet) tanınmış olacaktır⁸⁸. Buna ek olarak, tasarıda “*Rekabet İstişare Konseyi*” adlı bir platformun kurulması da öngörülmektedir. Kurulacak Konseyin görevleri arasında kamu kuruluşları ve sivil kuruluşlar arasında koordinasyon ve işbirliğinin sağlanması ve piyasalardaki rekabet düzeni ve rekabetçi ortamı etkileyebilecek konulara ilişkin (bağlayıcı olmayan)⁸⁹ görüş bildirilmesi bulunmaktadır. Söz konusu tasarının yasalaşması halinde Kurum’un rekabet savunuculuğu faaliyetlerinde elinin iyice güçleneceği ve Türkiye’de rekabet olgusunun yerleşik hale gelmesi bakımından daha aktif bir rol oynayacağı düşünülmektedir. Çıkarılacak bir yönetmelik ile görev ve yetkileri belirlenecek “*Rekabet İstişare Konseyi*” sayesinde de özellikle kamu teşebbüsleri ve kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu eylem ve işlemlerine karşı daha etkin bir müdahale sergilene bilecektir.

Türkiye gibi gelişmekte olan, görece serbest piyasa ekonomisi deneyimi bulunan ancak rekabet kültürünün toplumda yeterince kendine yer bulamadığı ülkelerde rekabet savunuculuğu faaliyetinin, toplumun her kesiminde yerleşik bir rekabet hukuku kültürü oluşturmaya yönelik girişimlere öncülük ettiği, etmesi gerektiği görülmektedir. Nasıl ki toplumun fikri hakların korunmasının sağlayacağı yararlar konusunda bilinçlendirilmesi korsanlık olgusu ile mücadelede etkin bir yöntem ise, rekabetin korunmasının sağlayacağı yararlar konusunda da toplumun bilinçlendirilmesi önem taşımaktadır. Rekabet politikasının başarıya ulaşmasında rekabetin sağladığı yararların toplum tarafından bilinmesinin önemi büyüktür⁹⁰. Aynı şekilde bir rekabet otoritesinin sağlam temeller

⁸⁸ Bkz. Özkan, Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları, s.192-195.

⁸⁹ Rekabet savunuculuğu faaliyetleri kapsamında çoğu zaman rekabet otoritelerine tanınan görüş bildirme yetkisinin muhatapları üzerinde bağlayıcı olması durumunda rekabet savunuculuğunun etkisinin pratikte daha belirleyici bir konuma geleceği açıksa da, bunun çoğu zaman “gerçekçi bir durum olmadığı” ileri sürülmüştür. Fels ve Ng, s.191.

⁹⁰ *Rekabet Kurumu*, Rekabet El Kitabı, s.50. Bu bağlamda, Kurum’un, toplumun değişik kesimlerinde rekabet hukuku ve politikasının tanıtılması için çalışmalarını sürdürmesi, ve özellikle Kurul tarafından alınan kararların piyasalardaki ve tüketiciler üzerindeki

üzerinde kendinden bekleneni verebilmesi için de ülkede rekabet kültürünün yaygınlaşması bir önkoşuldur⁹¹. Bu görevin ve sorumluluğun bilincinde olarak Kurul, ülkede rekabet kültürünün oluşturulması ve geliştirilmesi için gerekli çabayı göstereceğini ifade etmiştir⁹². Motorlu taşıtlar sürücü kursları ve ekmek üreticilerine yönelik hazırlanan basın bültenleri Kurul'un bu yönde yürüttüğü faaliyetlere birer örnek oluşturduğu ileri sürülebilir.

3.3. Rekabet Savunuculuğunda Yeni Bir Araç Olarak Basın Bültenleri

Kurul, motorlu taşıtlar sürücü kursları sektörü ile ilk kez uygulamaya başladığı ve ekmek sektörü ile kapsamını genişlettiği basın bültenleri sayesinde, kendisine yapılan başvuru ve şikâyetler ile geçmiş kararlarından yola çıkarak ilgili sektörlerde yaygın olarak görülen ve 4054 sayılı Kanun nezdinde rekabet ihlaline yol açabilecek birtakım davranışlar hakkında ilgili sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüsleri uyarmıştır⁹³. Basın bültenleri ile proaktif bir yaklaşım benimseyen Kurul, ilgili sektörlerde sıkça görülen bazı davranışların rekabet ihlallerine yol açacağını bu türden davranışlar somut olayda henüz daha önüne gelmeden ilgili sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüslere önceden duyurmuştur. Başka bir deyişle, Kurul reaktif bir yaklaşım sergilememiş ve hangi türden davranışların 4054 sayılı Kanun uyarınca yasaklandığını herhangi bir somut olaydan bağımsız bir biçimde açıklama yoluna gitmiştir. Kurul'un

etkileri konusunda kamuoyunu bilgilendirmesi gerektiği iddia edilmiştir. *DPT, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Dokuzuncu Kalkınma Planı 2007-2013, Ankara, 2007, s.45.*

⁹¹ *Kumcu*, s.145.

⁹² Bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Rekabet-Kulturu>> Erişim Tarihi: 20.09.2014. Kurum'un 11. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu'nun açılış konuşmasında Kurum Başkanı Prof. Dr. Nurettin Kaldırmacı, önümüzdeki dönemde reaktif olarak nitelendirilebilecek bir yaklaşım yerine, rekabet problemlerinin tespit edildiği sektörlerin ekonomik araştırma ve yöntemlerle izlenerek bu alanlara müdahale edilen proaktif bir yaklaşım hedeflediklerini dile getirmiştir. Bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Etkinlik+Kitap%4b1/etkinlikkitap21.pdf>> Erişim Tarihi: 20.09.2014.

⁹³ Nitekim ekmek üreticilerine ilişkin basın bülteninin başlığı da bunu doğrulayacak bir biçimde "Ekmek Üreticilerine Rekabet Uyarısı" olarak seçilmiştir.

ilgili sektörlerde sıkça görülen rekabet ihlaline yol açabilecek davranışları teşebbüsler ve kamuoyuyla paylaşarak, gelecekte meydana gelebilecek benzer ihlallerin önlenmesi konusunda bir adım attığı açıktır. Böylece basın bültenlerinin önleyici bir amaç taşıdığı anlaşılmaktadır.

Rekabet ihlalile yol açabilecek davranışların önlenmesine ek olarak, basın bültenlerinin 4054 sayılı Kanun çerçevesinde bir şekilde işlem yapıl(a)mayan ve/veya ceza veril(e)meyen durumların da ortadan kaldırılmasına yardımcı olabileceği düşünülebilir. Her ne kadar 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, rekabetin önemli ölçüde etkilenmesi şartına yönelik bir düzenleme (*de minimis*) bulunmasa da;⁹⁴ “herhangi bir etkinin doğmamış olması”, “uygulamanın kısa bir süre devam etmiş olması”, “rekabetin ortadan kalkmamış olması” gibi yukarıda belirtilen çeşitli gerekçelerle Kurul'un, genellikle faaliyet alanları sınırlı bir coğrafi pazarı kapsayan küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin gerçekleştirdiği etkileri sınırlı olan davranışlar bakımından 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrasına dayanarak fiilen soruşturma açma yoluna gitmediği bilinmektedir.⁹⁵ İlgili Kanun uyarınca işlem yapıl(a)mayan, başka bir deyişle rekabet kurallarının uygulan(a)madığı, bu gibi durumların basın bülteni yayımlamak suretiyle rekabet savunuculuğu ile

⁹⁴ Diğer taraftan, yukarıda adı geçen 4054 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasına dair yasa tasarısının 1. maddesinde, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aşağıdaki fıkranın ekleneceği ifade edilerek *de minimis* kuralının hayata geçirilmeye çalışıldığı görülmektedir: “Kurul, pazar payı ve ciro gibi ölçütleri önceden belirlemek kaydıyla bazı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenir.”

⁹⁵ Bu durumun tartışıldığı güzel bir örnek karar için bkz. 30.12.2008 tarihli ve 08-76/1227-465 sayılı **İzmir Bergama Fırıncıları** kararı. Bu kararda Kurul teşebbüsler arasında gerçekleştirilen ve rekabetin kısıtlanması amacını taşıyan bir anlaşmanın, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için anlaşmanın piyasada bir etki doğurmuş olmasının gerekli olmadığını, bu bağlamda hiç uygulamaya konulmamış dahi olsa rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmaların da yasaklandığını kabul etmesine rağmen tartışmalı bir biçimde, dosya konusu anlaşmanın uygulamaya başlandığı tarih ve ilgili coğrafi pazarın büyüklüğü dikkate alındığında uygulama etki doğurmuş olsa bile bu etkinin çok sınırlı düzeyde gerçekleştiğini ifade ederek soruşturma açma yoluna gitmemiş ve 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca taraflara görüş gönderilmesinin uygun ve yeterli olacağına karar vermiştir.

ortadan kaldırılması mümkün hale gelebilecektir. Böylece küçük ve orta ölçekli sürücü kursları veya ekmek üreticilerinin gerçekleştirdikleri ve sınırlı etki doğuran davranışların *ex ante* önlenmesi suretiyle rekabet ortamının geliştirilmesine katkıda bulunulabilecektir.

Basın bültenlerinde, 4054 sayılı Kanun nezdinde rekabet ihlaline yol açabilecek davranışlar gerçekleştirmeleri halinde teşebbüslerin bir önceki mali yıldaki cirolarının yüzde 10'una; bu teşebbüslerin yöneticilerinin veya çalışanlarının ise bazı hallerde teşebbüslere verilecek cezanın yüzde 5'ine kadar idari para cezaları ile cezalandırılacakları vurgulanmaktadır. Gerek teşebbüslerin, gerekse teşebbüslerin yöneticileri ve çalışanlarının karşılaşabileceği cezaların belirtilmesi, basın bültenleri ile ayrıca caydırıcı bir amacın da izlenmeye çalışıldığını göstermektedir. Böylece teşebbüsler 4054 sayılı Kanun uyarınca karşılaştığı yaptırımlar hakkında bilgi sahibi edilmektedirler. Bu durum, hangi davranışların rekabet karşıtı olduğu ya da bir rekabet ihlali ile karşılaşıldığında teşebbüslerin veya toplumun diğer kesimlerinin neler yapabileceğine ilişkin bir “kamu spotu” hazırlamaya benzetilebilir. Ayrıca basın bültenlerinde Kurul'un uyarıcı bir dil kullandığı dikkat çekmektedir. Örneğin motorlu taşıtlar sürücü kursları basın bülteninde Kurul, ilgili sektörde gerekli denetimleri arttıracaklarını açıkça dile getirmiştir. Basın bültenleri aracılığıyla Kurul ilgili sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüslere adeta son bir çağrıda bulunarak 4054 sayılı Kanun'a aykırı davranışlarını derhal sona erdirmeleri konusunda bu teşebbüsleri uyarmaktadır.

Son olarak basın bültenine konu olan bir sektörde, ilgili basın bülteni sonrası Kurul'un benimseyeceği politika tercihine yönelik çıkarımlar yapılabilir. Yukarıda incelendiği üzere Kurul'un basın bültenleri öncesinde ilgili sektörlerde esnek bir politika benimsediği, ilgili sektörlerle ilişkin olarak çok fazla ihlal kararı ve/veya idari para cezası vermediği görülmektedir. Bu durum rekabet kültürünün kurumsallaşması sürecinde Kurul'un *ex post* bir denetim yapma yaklaşımı yerine, ihlalin oluşmasını baştan önleyecek *ex ante* faaliyetlere ağırlık verme vizyonuna dayandırılabilir. Ancak Kurul sürücü kurslarına hitaben yayımladığı basın

bülteninde, gerekli denetimleri arttıracaklarını ifade ederek bu sektörde bundan sonra daha katı bir yaklaşım sergileyeceğini ima etmiştir. Bu bağlamda Kurul'un basın bültenleriyle ilgili sektörlerde oluşturmaya çalıştığı rekabet kültürünün kurumsallaştırılması sürecinde artık ihlalin varlığı halinde idari para cezası verme yetkisine daha sık başvuracağı tahmin edilmektedir. Nitekim basın bültenleri sonrası motorlu taşıtlar sürücü kursları ve ekmek sektörlerinde daha fazla soruşturmaya açılmaya başlandığı, bu sektörlerde verilen kararlarda ihlal tespitlerinin yapılmaya ve daha sık idari para cezalarının verilmeye başlandığı görülmektedir⁹⁶. Dolayısıyla basın bültenleri ile ilgili sektörlerde yeni bir dönemin başladığı iddia edilebilir.

⁹⁶ Bkz. 15.05.2013 tarihli ve 13-28/387-175 sayılı **Samsun Sürücü Kursları** kararı; 13.06.2013 tarihli ve 13-36/482-212 sayılı **Nevşehir Sürücü Kursları** kararı; 18.06.2013 tarihli ve 13-38/489-213 sayılı **Fethiye Sürücü Kursları** kararı; 13.08.2013 tarihli ve 13-47/662-283 sayılı **Bartın Sürücü Kursları** kararı; 22.01.2014 tarihli ve 14-04/80-33 sayılı **Aydın Didim Fırıncıları** kararı; 12.02.2014 tarihli ve 14-06/127-56 sayılı **Aksaray Sürücü Kursları** kararı; 16.04.2014 tarihli ve 14-15/287-120 sayılı **Aksaray Fırıncıları** kararı; 08.05.2014 tarihli ve 14-17/330-142 sayılı **Kırıkkale Sürücü Kursları** kararı; 20.08.2014 tarihli ve 14-20/610-264 sayılı **Kahramanmaraş Sürücü Kursları** kararı.

SONUÇ

Kurul motorlu taşıtlar sürücü kursları ve ekmek sektörüne yönelik basın bültenlerinde, kendisine yapılan ihbar ve şikâyetlerden de yola çıkarak ilgili pazarlarda sıkça rastlanan bazı davranışların 4054 sayılı Kanun uyarınca yasaklanmış olduğunu belirtmiş ve bu davranışları sektörde faaliyet gösteren teşebbüslere proaktif bir biçimde ilan etmiştir. Türkiye’de rekabet kültürünün yeterince yüksek olmadığı göz önüne alındığında bu basın bültenleri, kuruluşundan bu yana rekabet savunuculuğuna büyük önem veren Kurum’un rekabet savunuculuğu faaliyetleri kapsamında toplumun her kesiminde yerleşik bir rekabet kültürü oluşturma çabalarına birer örnek oluşturmaktadır. Söz konusu basın bültenlerini rekabet savunuculuğu noktasında öne çıkaran özellik ise Kurul’un ilgili sektörlerde yaygın olarak görülen bazı davranışların rekabet ihlali oluşturabileceği hususunu internet sitesinde duyurmak ve ilgili kamu kuruluşlarına mektup göndermek suretiyle iş dünyasında daha geniş kitlelere ulaşmayı hedeflemesi ve rekabet savunuculuğunu muhataplarıyla doğrudan ilişkiler çerçevesinde yapma seviyesine yükseltmesidir. Bu durum Kurul’un rekabet savunuculuğu faaliyetleri kapsamında Türkiye’de yerleşik bir rekabet kültürü oluşturma yolunda çıtayı yükselttiğinin bir işareti olarak algılanabilir. Bu basın bültenlerinde açıklanan hususların teşebbüsler üzerinde, şayet var ise, rekabete olan olumsuz bakış açısının değişmesi açısından eğitici bir rolü olduğu yadsınamaz. Önleyici ve caydırıcı amaçlar taşıyan basın bültenlerinin Türkiye’de rekabetin kurumsallaşması noktasında olumlu etkilerinin olacağı ve ilgili sektörlerdeki teşebbüslerin bundan sonra basın bültenlerinde belirtilen ihlalleri bir “piyasa kuralı” haline getirmek yerine rekabeti bir “davranış kodu” olarak içselleştirecekleri umut edilmektedir. Bu noktada Kurul’un zaman içerisinde belki diğer sektörler için de benzer basın bültenleri hazırlama yoluna gitmesi beklenebilir.

KAYNAKÇA

- Anık G,** Competition Rules of Turkey, European Competition Law Review, 1997:18(5), s.311-318
- Aydın U,** Between Domestic Factors and the EU: Explaining the Emergence of the Turkish Competition Regime, Antitrust Bulletin, 2012:57(2), s.303-335
- Badur E,** Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara, 2001
- Cantürk İ,** Rekabet Ortamı ve Rekabet Kültürü Nasıl Sağlanır?, Rekabet Haber Bülteni, Sayı 10, 2005, <www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayı10.doc> Erişim Tarihi: 20.09.2014
- Dabbah M,** International and Comparative Competition Law, Cambridge University Press, İngiltere, 2010
- Doleys T J,** Promoting Competition Policy Abroad: European Union Efforts in the Developing World, Antitrust Bulletin, 2012:57(2), s.337-366
- DPT,** Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Dokuzuncu Kalkınma Planı 2007-2013, Ankara, 2007
- Ekdi B,** Rekabet oldu da ne oldu?, Rekabet Yazıları, 2011, <<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Yazisi/Rekabet-oldu-da-ne-oldu>> Erişim Tarihi: 20.09.2014
- Fels A ve Ng W,** Paths to Competition Advocacy, Ezrachi A. (der.), Research Handbook on International Competition Law, Edward Elgar Publishing, 2012 içinde s.185-208
- Gerber D,** Global Competition: Law, Markets and Globalization, Oxford University Press, İngiltere, 2010

- ICN,** Advocacy and Competition Policy, Report prepared by Advocacy Working Group, ICN's Conference Napoli, İtalya, 2002
- Khemani R,** Genel Bakış ve Tavsiyeler, Türkiye'de Rekabetçilik ve Düzenleme: Türkiye'de Rekabetçilik, Yatırım İklimi ve Rekabet Politikasının Rolü, TEPAV, Ankara, 2007, s.1-54
- Kulaksızoğlu T,** Competition Policy in Turkey, MPRA Paper No: 179, 2004, <<http://mpa.ub.uni-muenchen.de/179/>> Erişim Tarihi: 20.09.2014
- Kumcu E,** Rekabet Üzerine Denemeler, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2008
- Kovacic W E,** Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence?, Bates White Fifth Annual Antitrust Conference, Washington DC ABD, 2008, <<http://www.ftc.gov/speeches/kovacic/080602bateswhite.pdf>> Erişim Tarihi: 20.09.2014
- OECD,** Peer Review of Turkey's Competition Law and Policy, Global Forum on Competition, Session IV, DAF/COMP/GF(2005)4/REV1, 2005
- Öz G,** Competition Law and Practice in Turkey, European Competition Law Review, 1999:20(3), s.149-158
- Öz G,** Türkiye'de Rekabet Politikasının Hukuki ve Kurumsal Yönleri ve Yatırımları Etkisi, Türkiye'de Rekabetçilik ve Düzenleme: Türkiye'de Rekabetçilik, Yatırım İklimi ve Rekabet Politikasının Rolü, TEPAV, Ankara, 2007,s.57-114
- Özden M,** Profesyonel Meslek Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 60, Ankara, 2004
- Özkan A F,** Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti

- Bozucu Davranışları, Rekabet Dergisi, 2009:10(3), s.115-209
- Özkan A F,** The Turkish Competition Authority warns in a press release driving schools not to form cartels, eCompetitions, No: 48818, 2012, <<http://www.concurrences.com/Bulletin/News-Issues/August-2012/The-Turkish-Competition-Authority-48818?lang=en>> Erişim Tarihi: 20.09.2014
- Özkan A F,** The Turkish Competition Authority announces some of the most common anti-competitive practices in the bread industry based on its experience and informs bread manufacturers about the competition rules that are to be complied with in the relevant market, eCompetitions, No: 51620, 2013, <<http://www.concurrences.com/Bulletin/News-Issues/February-2013-I/The-Turkish-Competition-Authority?lang=en>> Erişim Tarihi: 20.09.2014
- Palim M,** The Worlwide Growth of Competition Law: An Emprical Analysis, Antitrust Bulletin, 1998:43(1), s.105-145
- Petersen N,** Antitrust Law and the Promotion of Democracy and Economic Growth, Journal of Competition Law and Economics, 2013:9(3), s.593-636
- Rekabet Kurumu,** 3. Faaliyet Raporu, Ankara, 2001
- Rekabet Kurumu,** 5. Faaliyet Raporu, Ankara, 2003
- Rekabet Kurumu,** Rekabet El Kitabı, Ankara, 2010
- Rekabet Kurumu,** 2014 Rekabet Raporu: Rekabet Hukuku ve KOBİ'ler, Ankara, 2014
- Tan T,** Ekonomik Kamu Hukuku, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1984

- The World Bank ve OECD**, A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, Report No: 18594, ABD, 1998
- Topçuoğlu M**, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara, 2001
- Türkkan E**, Rekabet Savunuculuğu ve Rekabet Enstitüsü İhtiyacı, Rekabet Haber Bülteni, Sayı 10, 2005, <www.rekabetdernegi.org/rk_bulten/sayi10.doc> Erişim Tarihi: 20.09.2014
- Türkkan E**, Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?, Cilt 1, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2009
- Wheelan C**, Naked Economics: Undressing the Dismal Science, W.W. Norton & Company, ABD, 2003

Rekabet Kurulu Kararları (kronolojik olarak)

- 06.07.1999 tarihli ve 99-33/315-195 sayılı **MEB Özel Eğitim Kurumları Genel Müdürlüğü** kararı
- 04.08.1999 tarihli ve 99-37/376-241 sayılı **İstanbul Halk Ekmek** kararı-I
- 27.10.1999 tarihli ve 99-49/536-337 sayılı **İstanbul Fırıncıları** kararı (ihlal)
- 29.08.2000 tarihli ve 00-32/338-192 sayılı **Ankara Keçiören Yenimahalle Fırıncıları** kararı (ihlal)
- 12.12.2002 tarihli ve 02-77/895-368 sayılı **Türkiye Fırıncılar Federasyonu** kararı
- 12.06.2003 tarihli ve 03-42/465-204 sayılı **Antalya Fırıncıları** kararı
- 03.03.2004 tarihli ve 04-18/154-36 sayılı **Konya Sürücü Kursları** kararı-I

- 15.07.2004 tarihli ve 04-47/621-154 sayılı **İzmir Fırıncıları** kararı
- 28.07.2005 tarihli ve 05-49/701-189 sayılı **Malatya Halk Ekmek** kararı
- 28.07.2005 tarihli ve 05-49/702-190 sayılı **Nevşehir Neveksan Ekmek** kararı
- 29.09.2005 tarihli ve 05-63/902-244 sayılı **Muğla Fethiye Selena Gıda** kararı
- 26.05.2006 tarihli ve 06-36/461-123 sayılı **Gaziantep Fırıncılar Odası ve Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu** kararı (ihlal)
- 03.08.2006 tarihli ve 06-57/724-211 sayılı **Sincan Sürücü Kursları** kararı
- 09.05.2007 tarihli ve 07-39/421-167 sayılı **Bursa Yıldırım İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü** kararı
- 26.07.2007 tarihli ve 07-62/761-263 sayılı **Konya Sürücü Kursları** kararı-II (ihlal)
- 02.08.2007 tarihli ve 07-63/765-273 sayılı **Denizli Fırıncılar Odası** kararı
- 23.08.2007 tarihli ve 07-68/838-309 sayılı **Kayseri Sürücü Kursları** kararı (ihlal)
- 15.11.2007 tarihli ve 07-86/1085-421 sayılı **Ankara Halk Ekmek** kararı
- 06.12.2007 tarihli ve 07-89/1148-444 sayılı **Ankara Ticaret Odası ve Ankara Fırıncılar Odası** kararı
- 30.12.2008 tarihli ve 08-76/1227-465 sayılı **İzmir Bergama Fırıncıları** kararı
- 08.01.2009 tarihli ve 09-01/5-5 sayılı **Balıkesir Fırıncıları** kararı
- 20.01.2009 tarihli ve 09-03/49-18 sayılı **Ankara Sincan Yenimahalle Etimesgut Fırıncıları** kararı (ihlal)
- 13.04.2009 tarihli ve 09-14/304-75 sayılı **Çorum Fırıncıları** kararı
- 18.06.2009 tarihli ve 09-29/605-145 sayılı **Ankara Motorlu Taşıt Sürücü Kursları Birliği Derneği** kararı

- 01.07.2009 tarihli ve 09-31/672-157 sayılı **Samsun Fırıncılar Esnaf ve Sanatkâr Odası** kararı
- 06.08.2009 tarihli ve 09-35/892-215 sayılı **Manisa Alaşehir Dereköy Fırıncıları** kararı
- 01.10.2009 tarihli ve 09-43/1100-280 sayılı **İstanbul Halk Ekmek** kararı-II
- 21.10.2009 tarihli ve 09-48/1192-300 sayılı **Elazığ Fırıncıları** kararı
- 21.10.2009 tarihli ve 09-48/1193-301 sayılı **Hilal Ekmek Fabrikası** kararı
- 25.02.2010 tarihli ve 10-19/240-94 sayılı **Kütahya Fırıncıları** kararı-I
- 04.03.2010 tarihli ve 10-21/279-103 sayılı **Kadıköy Sürücü Kursları** kararı
- 22.03.2010 tarihli ve 10-25/350-124 sayılı **Sivas Sürücü Kursları** kararı (ihlal)
- 31.03.2010 tarihli ve 10-27/395-148 sayılı **BES Ekmek Fırını** kararı
- 08.04.2010 tarihli ve 10-29/430-159 sayılı **Kayseri Fırıncıları** kararı
- 12.05.2010 tarihli ve 10-36/573-203 sayılı **Rize Çayeli Fırıncıları** kararı
- 27.05.2010 tarihli ve 10-38/654-221 sayılı **Ümraniye Sürücü Kursları** kararı
- 04.11.2010 tarihli ve 10-69/1459-558 sayılı **Sakarya Karasu Fırıncıları** kararı
- 25.11.2010 tarihli ve 10-73/1508-576 sayılı **Bolu Fırıncıları** kararı
- 16.02.2011 tarihli ve 11-09/173-59 sayılı **Kütahya Hizmet Ekmek** kararı (ihlal)
- 23.02.2011 tarihli ve 11-10/188-63 sayılı **Sakarya Fırıncıları** kararı
- 07.04.2011 tarihli ve 11-22/387-121 sayılı **Samsun Fırıncıları** kararı

- 21.04.2011 tarihli ve 11-25/485-149 sayılı **Konya Seydişehir Fırıncıları** kararı-I
- 26.05.2011 tarihli ve 11-32/666-209 sayılı **Konya Sürücü Kursları** kararı-III
- 26.05.2011 tarihli ve 11-32/668-211 sayılı **Marmaris Sürücü Kursları** kararı
- 14.09.2011 tarihli ve 11-47/1180-421 sayılı **Zonguldak Gökçebey Fırıncıları** kararı
- 24.11.2011 tarihli ve 11-59/1518-543 sayılı **SABADAD Ekmek** kararı
- 26.01.2012 tarihli ve 12-03/101-37 sayılı **Beylikdüzü Fırıncılar Odası** kararı
- 02.03.2012 tarihli ve 12-09/288-89 sayılı **Manisa Turgutlu Fırıncıları** kararı
- 02.03.2012 tarihli ve 12-09/289-90 sayılı **Aydın Fırıncıları** kararı
- 10.01.2013 tarihli ve 13-03/18-10 sayılı **Erzurum Sürücü Kursları** kararı
- 24.01.2013 tarihli ve 13-07/77-46 sayılı **Kütahya Fırıncıları** kararı-II
- 06.02.2013 tarihli ve 13-09/127-57 sayılı **Tokat Özel Zileliler Sürücü Kursu** kararı
- 14.02.2013 tarihli ve 13-10/138-73 sayılı **Uşak Sürücü Kursları** kararı
- 31.03.2013 tarihli ve 13-08/89-50 sayılı **Manisa Alaşehir Fırıncıları** kararı
- 15.05.2013 tarihli ve 13-28/387-175 sayılı **Samsun Sürücü Kursları** kararı (ihlal)
- 04.06.2013 tarihli ve 13-33/445-196 sayılı **Kayseri Ticaret Odası ve Kayseri Fırıncılar ve Uncular Odası** kararı
- 04.06.2013 tarihli ve 13-33/446-197 sayılı **Tekirdağ Şarköy Fırıncıları** kararı
- 13.06.2013 tarihli ve 13-36/469-205 sayılı **İstanbul Ekmek Üreticileri Derneği** kararı

- 13.06.2013 tarihli ve 13-36/482-212 sayılı **Nevşehir Sürücü Kursları** kararı (ihlal)
- 18.06.2013 tarihli ve 13-38/489-213 sayılı **Fethiye Sürücü Kursları** kararı (ihlal)
- 13.08.2013 tarihli ve 13-47/662-283 sayılı **Bartın Sürücü Kursları** kararı (ihlal)
- 28.11.2013 tarihli ve 13-66/915-385 sayılı **Karaman Sürücü Kursları** kararı
- 22.01.2014 tarihli ve 14-04/80-33 sayılı **Aydın Didim Fırıncıları** kararı (ihlal)
- 12.02.2014 tarihli ve 14-06/127-56 sayılı **Aksaray Sürücü Kursları** kararı (ihlal)
- 03.04.2014 tarihli ve 14-13/235-101 sayılı **Muş Sürücü Kursları** kararı
- 16.04.2014 tarihli ve 14-15/287-120 sayılı **Aksaray Fırıncıları** kararı (ihlal)
- 08.05.2014 tarihli ve 14-17/330-142 sayılı **Kırıkkale Sürücü Kursları** kararı (ihlal)
- 20.05.2014 tarihli ve 14-18/338-148 sayılı **Erzincan Fırıncılar Odası** kararı
- 11.08.2014 tarihli ve 14-27/555-238 sayılı **Ege Bölgesi Sürücü Kursları Derneği** kararı (ihlal)
- 20.08.2014 tarihli ve 14-20/610-264 sayılı **Kahramanmaraş Sürücü Kursları** kararı (ihlal)

KİTAP İNCELEMESİ

Book Review

Prof. Dr. Kemal Şenocak*

Dr. Ali Yarayan, Türk Medeni Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2013

Türk Hukuku Araştırma Merkezinin kurulmasından önce Dr. Ali Yarayan'ın Kasım 2013 tarihine kadar yürüttüğü Türk hukuku okutmanlığı kapsamında verdiği Türk Medeni Hukuku dersinin ders notlarını kitaplaştırarak “Türk Medenî Hukuku - Temel Bilgiler” isimli ders kitabı çıkmıştır. Söz konusu eser, Ekim 2013’de Yetkin Basım Yayın Dağıtım ve San. ve Tic. A.Ş. tarafından yayımlanmıştır. Kitap 611 sahifeden oluşmaktadır. Kitapta, bazı önemli yasal terimler bold yazılmıştır. Bu suretle söz konusu terimlerin ders kitabının sonunda yer verilen sözlükteki Almanca karşılıklarına işaret edilmiştir. Toplam 950 hukuk terimlerinin çevirisini içeren tablo hâlinde düzenlenmiş sözlüğün kelime indeksi de bulunmaktadır.

Ders kitabında Türk Medenî Kanunu sistematığına uygun bir şekilde aşağıda belirtilen bölümlere yer verilmiştir:

1. Bölüm: Hukuka Giriş
2. Bölüm: Türk Medenî Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri
3. Bölüm: Kişiler Hukuku
4. Bölüm: Miras Hukuku
5. Bölüm: Eşya Hukuku

* LL.M Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Kitap Türkiye’de yayınlanmış Türk Medeni Hukukunu ilgilendiren kitapların güncel baskılarından yararlanılarak hazırlanmış; öğrencilere yönelik derli toplu bilgileri ihtiva etmektedir. Kitapta ayrıca ders kitabı hüviyetini aşmayacak şekilde yargı kararlarına da yer verilmiştir. Kısacası bu kitap, Türk hukukundaki mevcut yasal durumu, doktrindeki görüşleri ve aktüel içtihadı aktarmaktadır. Her bölümün başında ayrıca yararlanılan kaynakların gösterilmesini de okuyucular açısından yararlı bir yaklaşım olarak görmekteyim.

Müellif bu ders kitabıyla okuyucuya Türk medeni hukuku alanında temel bilgiler edinme fırsatı vermektedir. Özellikle de önemli hukuk terimlerinin Almanca çevirisiyle birlikte Türk hukukuna yabancı olan Türk kökenli Alman hukukçularının Türk hukukunu daha iyi bir şekilde anlamalarının önünü açmaktadır.

Müellifin kitabın ilk bölümünde Hukuka Giriş başlığı altında hukuk başlangıcı kitaplarında yer alan konular özlü bir şekilde ele alınmıştır. Kitabın ikinci bölümünde “Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri” ele alınmıştır. Konunun ele alınışında Medeni hukukun kaynakları konusuna dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması konusundan önce yer verilmesinin daha isabetli olacağı düşüncesini taşımaktayım. Eserin üçüncü bölümü, “Kişiler Hukuku” konusuna ayrılmıştır. Bu bölümde gerçek kişiler ve tüzel kişiler bahisleri yeterli açıklıkta ve özde anlatılmıştır. Aile Hukuku bahsi kitabın en geniş kısmını teşkil etmektedir. Öğrenciler tarafından kavranması zor bir konu olan mal rejimleri konusu gayet anlaşılabilir şekilde verilmiştir. Bu noktada yazarı tebrik etme gerekir. Miras Hukuku bahsi de öğrencilerin anlayabileceği şekilde örneklere ve şekillere yer verilerek ele alınmıştır. Nihayet kitabın son bölümünde “Eşya Hukuku” bahsinde taşınır ve taşınmaz eşya hukuku ile sınırlı aynı haklar konusu hakkında umumi bir bilgi edinilecek şekilde kaleme alınmıştır.

Dr. Ali Yarayan bu eseri ile hem Türkiye’de öğrenim gören Türk öğrencilere hem de Almanya’da Türk hukuku hakkında bilgi edinmek isteyen hukukçulara mütevazı sınırları aşan bir hizmette bulunmuştur.